Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichungen neuer Gesetzgebungen.

Eine Reihe von Abhandlungen, welche zugleich als erläuterndes Handbuch über die ungewöhnlichern Darstellungen in dem Lehrbuch des gemeinen Civilrechts dienen können

von

Dr. Gottlieb Hufeland.

Zweyten Theils Zweyte Abtheilung.

Giesen 1817
bey Georg Friedrich Tasché.

Vorerinnerung.

Die beiden ersten Abhandlungen dieser Abtheilung sind noch in Landshut ausgearbeitet; die neunte in der Ordnung erst in Halle. Dies war darum nöthig zu bemerken, weil ich in Halle noch keine andre alte Ausgabe des

Corporis juris civilis, als die aus Klosterbergen auf die hiesige Universitäts-Bibliothek herübergekommene: Venedig, bey de Tortis 1502, zum Gebrauch habe auffinden können.

VII.

Ueber
Veränderungen der Rechte
durch das
Zusammenkommen mehrerer Rechte und Verbindlichkeiten.

Zur Erläuterung der §. 239. bis 243. meines Lehrbuchs.

Seit Jahrhunderten ward die Bestimmung der Rechtsregeln über den Widerstreit von Privilegien als eine vorzüglich merkwürdige Lehre angesehen. Die ältern Rechtsschriftsteller glaubten, außer ein paar kleinen Vorerinnerungen, alles mit der Rechtsparömie aufzuhellen: Privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur, sed jure communi. Diese wird nicht bloß von mehreren mit Berufung auf zwey Gesetzesstellen *) und eine große Menge älterer Autoritäten häufig gelegentlich aufgestellt oder zur Grundlage von Entscheidungen ge-

*) IV. 4. *fr.* 11. §. 6. (*de minorib.*): Item quaeritur, si *minor adversus minorem* restitui desiderat, an sit audiendus? Et Pomponius simpliciter scribit, *non restituendum.* Puto autem inspiciendum a Praetore, quis captus sit; proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit: melior est causa secundum Pomponium ejus, qui accepit et vel dilapidavit vel perdidit.

XXVI, 1. *fr.* 8. *pr.* (*De excusationib.*): Sed et milites qui honeste compleverunt militiae tempus, remissionem habent tutelarum adversus omnes hodie privatos. Adversus autem filios eorum, qui eidem ordini communicaverunt, et eorum qui olim milites fuerunt, intra annum quidem dimissionis remissionem habent, post annum autem non habent: coaequalitas enim honoris militiae fortior videtur olim militum privilegio, nisi etc.

braucht; *) sondern es haben auch manche diese Lehre zum Gegenstande eigner Schriften gemacht, vor allen J. Nicol. Hert **) und Samuel Stryk, ***) letzter besonders aber, seiner Gewohnheit nach, fast allein mit Aufzählung der einzelnen Sätze und dazu angeführten Schriftstellern, beynahe gänzlich ohne eigne Entwickelung, und mit Einmischung vieler dahin nicht gehöriger Dinge. Diese Verallgemeinerung des Satzes führte nun wieder zu einer Reihe von Folgewidrigkeiten, zu innern Widersprüchen und zu Entscheidungen, die den vorgelegten Fällen gar nicht angemessen waren.

Weil nun diese Verallgemeinerung einzelner, zum Theil auch nur vermeyntlich hieher gehöriger, Sätze nicht bloß bey dem Hauptsatz an sich, sondern auch noch bey manchen andern Nebenbehauptungen versucht worden ist; so kann diese Lehre wohl vor andern zu einem sehr belehrenden Beleg dienen, wie nachtheilig sich allenthalben jene unbesonnene und doch so beliebte Verallge-

---

*) Z. B. *Carpzov* dec. 3. n. 5. eic. 76. n. 21. dec. 103. n. 18. dec. 195. n. 10. dec. 277. n. 11. mit immer wiederholten Allegaten sammt ältern Schriften.

**) *Hert* d. *de collisione legum* Giess. 1688 etc. V. de collis. legum specialium — in *ejusd.* commentatt. et opusc. edid. Homberg. 1737. 4. Vol. I. Tom. I. p. 155-157.

***) *Stryk* d. de jure privilegiati contra privilegiatum Frcf. 1684. — in *ejusd.* diss. Francofurt. Vol. V. p. 164-188. Er schließt recht charakteristisch: Haec sunt, — quae — de *eleganti* hac materia *colligere* licuit.

meinerung einzelner gesetzlicher Bestimmungen erweise, wenn nicht erst eine genaue Erwägung der sämmtlichen gesonderten Gegenstände und Verhältnisse, auf die ein verallgemeinerter Satz angewendet werden soll, vermöge ihrer durchaus gleichförmigen Natur sie rechtfertigt. Dies ist darum denn auch die Hauptbeziehung bey dieser neuen Untersuchung geworden; und hiedurch möchte sie ihren Platz in dieser Sammlung wohl um so überzeugender rechtfertigen, weil eine solche Verallgemeinerung dem eigenthümlichen Geist des römischen Rechts auf das geradeste entgegenläuft, und die einzelnen aufzuhellenden Rechtsstellen einer solchen Ausdehnung zum allgemeinen auf das unverkennbarste widerstehen. Freylich versuchten schon andre Rechtsgelehrte früher einzelne Berichtigungen der bisherigen Behauptungen, und Beschränkungen der genannten Regel, unter denen Carl Ferdinand Hommel *) nicht nach Verdienst beachtet worden ist.

Zu einer Bestreitung der ganzen bisherigen Theorie verwandelten die so lange vorgebrachten einzelnen Angriffe mit neuen Zusätzen und Wendungen Wienzek**), Hart-

*) *Hommel* rhaps. quaest. Tom. V. Obs. 624. p. 134. 4. sqq.

**) J. S. *Wienzek* de vero sensu l. 11. §. 6. 7. l. 12. de minor. juncto examine regulae: privilegiatus adversus aeque privilegiatum non utitur jure suo. Vratisl. 1778.

leben, *) Lüders **) und Glück. ***) Da mittlerweile andre, besonders auch Hofacker †), die alte Theorie beybehielten; so übte Thibaut auch hieran seinen gewandten Scharfsinn und zwar auf doppelte Weise. Nicht bloß wog er die alten und neuen Ansichten, mit besondrer Rücksicht auf Wienzek und Glück, gegen einander ab und berichtigte beide; ††) sondern er erwarb sich dadurch wohl noch ein größeres Verdienst, daß er die ganze Frage viel mehr erweiterte, von den Privilegien zu den Rechten überhaupt hinaufstieg, und in dem allgemeinen Theil seines Pandektenrechts †††) überhaupt von dem Verhältniß der Rechte und Verbindlichkeiten zu einander handelte.

Zum allgemeinen Theil möchte nun vielleicht einiges nicht zu rechnen seyn, wenn solches nämlich nicht das ganze Recht, auch nicht mehrere Rechtslehren, sondern nur einzelne Hauptlehren ausschließend angeht; gleichwohl ist es immer wahrhaft verdienstlich, die verschiede-

---

*) Franc. Jos. *Hartleben* meditatt. ad Pand. Vol. I. P. I. Spec. 13. med. 8. p. 262 - 267.

**) Joach. Heinr. Chr. Lüders nähere Betrachtung der Lehre von der Concurrenz mehrerer Privilegien — in Koppe niedersächs. Archiv. Bd. II. S. 485 - 495.

***) Comm. Bd. II. S. 15-27.

†) Princ. jur. rom. germ. T. I. §. 98.

††) Versuche Th. II. S. 276-302.

†††) System des Pand. R. Th. I. §. 116-118.

nen Hauptansichten sämmtlich für die Aufmerksamkeit hervorgehoben zu haben.

I.

Zusammenkommen mehrerer Rechte und Verbindlichkeiten in einer Person.

(vergl. Lehrbuch §. 239.)

So ist es freylich unleugbar, daß ein Zusammenkommen von Rechten und Verbindlichkeiten sich in einer Person denken läßt; und zwar mit einem dreyfachen Unterschiede.

Der erste Fall äußert sich dann so, daß Rechte und die, gegen diese Rechte statt habenden, Verbindlichkeiten in eine Person zusammenfallen. Der allgemeine Ausdruck der Römer dafür ist confusio. *) Allein offenbar betrifft dies bloß das Verhältniß zwischen bestimmten Personen, das jus obligationis oder in personam, und ist in keinem andern Verhältniß aufzuweisen. In dieser Ueberzeugung habe ich denn auch die Lehre von dem, durch eine solche Confusion bewirkten, gegenseitigen Aufheben in das Capitel von der Aufhebung der Rechtsverhältnisse **) allein verwiesen.

---

*) XLVI, 3, *fr.* 75. (*De solutionib.*): — Si debitor heres creditori exstiterit, *confusio* hereditatis peremit petitionis actionem. — vergl. *Eod. fr.* 95. §. 2.

**) Lehrbuch §. 656.

Etwas anders steht es allerdings mit dem zweyten Fall, wenn Rechte und Rechte in einer Person sich vereinigen. Dies ist nun ein Fall, der unzählbar häufig vorkommt, da es fast undenkbar ist, daß sich nicht in einer Person mehrere Rechte vereinigen sollten. Eben darum ist aber die nächste Ansicht davon im höchsten Grade einfach: solche in einer Person vereinigten Rechte bestehen sämmtlich neben einander, eben so gut als wenn sie an mehrere Personen vertheilt wären. Hieraus fließt denn auch zugleich die sehr klare Folge, daß jedes für sich vollkommen und ohne Beschränkung ausgeübt werde. So kommt in den Pandekten vor, daß neben ausdrücklich vermachten octingentis noch die sonst, bey des Erblassers Lebzeiten gegebenen, certa annua gefodert werden können, wenn dies nur den Ausdrücken des Testaments gemäß zu finden ist. *) So gestatten schon ältere Juristen für zwey in einer Person vereinigte Aemter zwey Gehalte **) oder andre Vergeltungen, wie etwa bey einem Procurator am Reichskammergericht, der zugleich Advocat daselbst war; ***) eben so eine Vereinigung der Vorzüge mehrerer Aemter, oder anderer Verhältnisse, wie wenn die Mutter für sich und zugleich als Vormünderin ihrer

---

*) XXXIII, 1. *fr.* 19. §. 1. (De annuis legat.)

**) Lud. *Romani* cons. 25. n. 1. et cons. 422. n. 1.

***) Gail. L. 1. obs. 44. n. 8-11.

Kinder, *) wenn der Richter als solcher und zugleich als Agnat einwilligt, oder aber bey einer Handlung der willkührlichen Gerichtsbarkeit als Richter und als Notarius zugleich mitwirken kann. **) Besonders aber gehört hieher auch die Beerbung in verschiedenen Erbtheilen, die einem nach doppeltem oder mehrfachem Bande zustehen kann. ***) Auf ähnliche Weise wird man leicht auf die Vereinigung der Rechte eines Erben und Prälegators, eines Mannes, der zweyerley Gewerbe zu treiben berechtigt ist, nach deren verschiedenen Statuten, †) oder vollends mehrerer Herrscherwürden u. s. w. sich erinnern.

Nur ist bey allen diesen Vereinigungen keine Uebertragung der Vorzüge von einem Recht auf das andere zu gestatten; sondern die etwanigen Vorzüge des Prälegats z. B. werden nicht auf die Erbschaft; die Privilegien der Minderjährigen, die die Mutter als Vormünderinn vertritt, nicht auf ihre eignen Rechte übertragen; und so in allen ähnlichen Fällen. ††)

Bey diesem zweyten Falle sind denn aber auch keine Rechtsveränderungen zu behaupten, jedoch nur in so weit

---

*) Card. *Tuschi* pract. concl. T. V. concl. 317.

**) *Menochii* cons. 335. n. 46.

***) vergl. *Koch* succ. ab intesto; auct. 3. Sect. 2. §. 7.

†) *Roman.* l. c. — vergl. noch *Vulteji* consil. Marburgens. Vol. IV. cons. 20. n. 108. *Reinking* de retractu consangu. qu. 1. n. 58. u. a.

††) vergl. Jac. *Gothofredi* diatribe de jure praecedent. c. 5. §. 34, wo eine lange Reihe Beyspiele dafür angeführt sind.

nicht besondre Umstände Ausnahmen herbeyführen. Solcher giebt es denn unstreitig vier Classen.

Es ist zuförderst ein solcher Widerstreit zwischen zwey Rechten möglich, daß nur eins von beiden bestehen und ausgeübt werden kann, und daß gleichsam, wenn ein Berechtigter in Ansehung jedes Rechts als eine besondere Person angesehen wird, eine Person untergehen muß. So konnte schon nach dem römischen Rechtsbuch der Prätor, welcher als Erbe eingesetzt war, nicht zu gleicher Zeit die Erbschaft für verdächtig erklären, zur Antretung gezwungen werden und selbst dazu zwingen. *) Richter und Advocat, Richter und Zeuge, Richter und Notarius können in demselben Processe nicht in einer Person vereinigt seyn. **) Der Erbe kann gegen die Veräußerungen des Erblassers aus seiner, nicht aus des Erblassers, Person den Retract ausüben; der Cessionar kann aus der Person des Cedenten manches thun, das er aus eigner Person nicht darf. ***)

Eine zweyte Ausnahme tritt dann ein, wenn in mehrern Personen dasselbe Verhältniß statt hat, so daß nicht eine mehrfache Wirkung, sondern nur eine, und

---

*) XXXVI, 1. *fr.* 13. §, 4. (*ad S. C. Trebell.*): — Sed et si ipse Praetor heres institutus suspectam dicat, ipse se cogere non poterit: quia triplici officio non fungi potest, et suspectam dicentis, et coacti et cogentis.

**) *Gail.* l. c. n. 11.

***) *Vultej.* l. c.

zwar aus jeder Person immer dieselbe, herausgehen kann. Die benöthigte Nahrung, Kleidung und Wohnung kann man nur einmal begehren und sie kann auch nur einmal ertheilt werden; wer daher von mehrern seinen Unterhalt zu fordern berechtigt ist, überkömmt ihn doch nur einmal. *)

Eine dritte Ausnahme, eine solche nämlich, die Gesetz und Vertrag ausdrücklich vorschreiben, ist bloß anzudeuten nöthig, da das Einzelne dann von der bestimmten Vorschrift abhängt. **)

Die merkwürdigste Ausnahme von allen ist indessen die vierte. Wenn die verschiedenen Rechte ehemals in verschiedenen Personen vertheilt waren und sich damals gegenseitig beschränkten; so muß, bey der Vereinigung der Rechte in einer Person, diese Beschränkung, der eigenthümlichsten Natur der Rechte nach, sogleich aufhören, und das eine fortbestehende Recht wird dem zufolge dann unbeschränkt. Das beste, sich fast von selbst darbietende, Beyspiel giebt der Fall her, wo zwey, bisher zwey verschiedenen Personen zustehende, Güter vorhanden waren, von denen das eine auf dem andern ein Dienstrecht ausübte. Es ist sehr einfach, daß, wenn an diesen beiden Gütern eine Person das Eigenthum erhält, sie

---

*) *Tuschus* concl. cit. n. 38. 39. sq.

**) *Hert* d. de uno homine plures sustinente personas (commentatt. et opusc. Vol. I. T. 3.) Sect. I. §. 3.

sich nicht mehr selbst beschränken kann. Sie handelt nach ihrer Einsicht und Willkühr, und nutzt, wie sie will, beide Güter für einander, oder auch jedes für sich allein. Auch dies waren die Römer gewohnt, confusio, besonders confusio servitutis zu nennen. *) Eine vorzügliche Art dieser Vermischung ist die gewöhnlich sogenannte Consolidatio, **) besonders wenn darunter zugleich die Vereinigung des Nießbrauchs mit der Proprietät verstanden wird; und ein ähnlicher Fall ist auch, wenn der Nießbrauch vorher mehrern zustand, und nunmehr die Theilhaber wegfallen, derselbe sich demnach in einer Person vereinigt. ***)

In Ansehung dieser Fälle, besonders des ersten, findet man wohl die Behauptung: Wenn nur eins von mehrern Rechten ausgeübt werden könne; so stehe dem Berechtigten die Wahl zu. †) Allein die Stelle des Rechtsbuch, auf welche man sich dabey stützt, ††) spricht von einem Fall mit so besondern Eigenthümlichkeiten, daß

---

*) VII, 4. *fr.* 27. (*quib. mod. ususfr. amitt.*) *confusa* servitute — VIII, 6. *fr.* 1. (*quemadm. servit. amitt.*): Servitutes *confunduntur*, si idem utriusque praedii dominus esse coepit. XXIII, 5. *fr.* 7 *pr.* (*de fundo dot.*): Si maritus fundum Titii servientem dotali praedio acquisierit, servitus confunditur etc.

**) vergl. Lehrbuch §. 259.

***) Von beiden Fällen s. VII, 2. *fr.* 3. §. *ult.* *fr.* 6. pr. (de usufr. accr.)

†) Thibaut Pand. §. 194.

††) XXX. *fr.* 12. *pr.* (*De legat.* I.)

er für sich schon einer weitern Ausdehnung und Anwendung widerstrebt, wenn man sich auch durch die allgemeine Verfänglichkeit der Ausdehnung in den Rechtslehren nicht warnen lassen wollte. Sie redet bloß von einem Legat, das dem Erblasser und dem Erben zusammen zusteht, und wo der letztere die cedente aus seinem eignen, oder aber des Erblassers Recht, dasselbe zu fordern die Freyheit hat. Hieraus aber läßt sich eine Befugniß, zwischen mehrern Rechten überhaupt zu wählen, gar nicht ableiten, wie manche mit Surdus behaupten, indem sonst auch die Vorzüge und Eigenheiten des einen Rechts sich auch auf das andre müßten übertragen lassen, welches doch allen zuläßigen Vorstellungen darüber widerspricht. Hert *) beruft sich bey der Erklärung gegen diese Meynung vorzüglich auf die Fälle, daß jemand Bischof und Canonicus in zwey verschiedenen Stiftern ist, oder daß jemanden eine Injurie zugefügt worden, der sie als Privatperson empfangen hätte, und nun so verfolgen wollte, als ob sie ihm in Beziehung auf sein obrigkeitliches Amt zugefügt wäre. Er läßt darum nur die Wahl alsdann zu, wenn durch dieselbe niemanden geschadet würde.

Noch ist bey dieser Verbindung mehrerer Rechte in einer Person auch die Rechtsveränderung nicht zu übersehen, daß nach Aufhebung einer solchen Vermischung

---

*) *Hert* de uno homine etc. l. c. §. 4.

die, für eine Zeitlang untergegangnen, Rechte zuweilen wieder aufleben. Das römische Rechtsbuch hat davon einige Beyspiele. So wenn von zweyen Gütern dem einen ein Dienstrecht auf dem andern zustand, eins aber von demselben dem Ehemann eigenthümlich gehörte, das andre dagegen ihm als Brautschatz gegeben war; so lebt die während der Ehe aufgehobne Servitut nach der Rückgabe des Brautschatzes wieder auf. *) Auf eine ähnliche Art tritt nach dem glücklichen Ausgange der Beschwerde über ein liebloses Testament **) ein Zurückfallen aller, durch die Erbschaftsantretung verlornen, Rechte ein an die, in einem solchen Testament eingesetzten und nunmehr wieder um den Vortheil der Einsetzung gekommenen, Erben oder andere im Testament bedachte; z. B. ihrer Schuldforderungen an die Erbschaftsmasse; ***) des Nießbrauchs, den der eingesetzte Erbe oder der Legatar, dem das Eigenthum zufallen sollte, an des Erblassers eigenthümlichen Sachen hatte; †) und gleicherweise bekommt auch der, gegen eine Erbschaftsantretung in den vorigen Stand wieder eingesetzte, seine, durch die Antretung verlornen, Forderungen zurück, ††) andrer ähnlicher Fälle zu geschweigen.

---

*) XXIII, 5. *fr.* 7. *pr. et* §. 1. (*De fund. dot.*)

**) S. Lehrbuch Thl. II. §. 1889-1895.

***) *C.* III, 28. *c.* 22. (*De inoffic. test.*) V, 2. *fr.* 21. §. 2. (*eod.*)

†) VII, 1. *fr.* 57 *pr.* (*De usufr.*)

††) XXIX, 2. *fr.* 87. §. 1. (*De acq. v. omitt. hered.*) — vergl. Lehrb. §. 2010.

In ganz gleichen Verhältnissen beynahe bestehen denn auch mehrere Verbindlichkeiten neben einander, nur daß das Verhältniß zwischen Haupt- und Nebenverpflichtungen genau genommen wohl nur das Recht in besondern Rechtsverhältnissen angeht. Ueberhaupt aber kann die Erfüllung einer jeden Verpflichtung für sich und vollkommen gefordert werden; so zwey Forderungen, die auf Gewährleistung gehen, *) oder wenn jemand zwey Gewerbe treibt, als welches ihn verpflichtet, die Statuten von beiden zu halten. **)

Jedoch kann auch hier einmal die Natur der Verhältnisse es wohl mit sich bringen, daß nur eine Verpflichtung allein übrig bleibe; wie wenn eine intercedirende Frau eine andre, für welche sie intercedirte, beerbt, wo denn die vollständige Verpflichtung der letzten allein fortdauert; ***) und auf gleiche Weise können ferner begreiflich Gesetz und Vertrag manches ändern, wovon Hert †) das Beyspiel anführt, daß nach einem Vertrag zwischen Frankreich und den vereinigten Niederlanden von 1674 für den, der mehrere Aemter bekleidete, bloß das Lösegeld des höchsten Amtes allein gezahlt werden sollte.

---

*) XIV, 1. *fr.* 10. (*De act. emti, vend.*)

**) *Carpzov* jurispr. rom. for. P. III. const. 18. def. 26. n. 12.

***) XVI, 3. *fr.* 95. §. 2. (*De solutionib.*)

†) *Hert* de uno homine etc. l. c. §. 3.

II.

Zusammenkommen mehrerer Rechte und Verbindlichkeiten in verschiedenen Personen, vorzüglich bey einem abweichenden Umfang der Rechte.

(vergl. Lehrbuch §. 240.)

Viel mehrere abzusondernde Fälle und Schwierigkeiten äußern sich aber, wenn diese mehrere Rechte und Verbindlichkeiten verschiedenen Personen zukommen. Hier sind denn nach einander folgende Verflechtungen zu scheiden, und ist oft zugleich auf verschiedenartige Rechte zu achten:

1) Hat jedes der, verschiedenen Berechtigten zustehenden und in irgend einer Beziehung zusammentreffenden, Rechte *einen besondern* Gegenstand; so kann ein jedes vollständig ausgeübt werden.

Vorzügliche Beyspiele hievon wird man bei eigentlichen Privilegien *) antreffen; so etwa wenn einem das Recht ein bestimmtes Gewerbe zu treiben, dem andern ein privilegirter Gerichtsstand verliehen ist, und beide mit einander in Streit, selbst etwa über die Gewerbfreyheit, geriethen.

2) Aehnlich, aber doch bedeutend wieder verschieden, ist ein anderer Fall, wenn beide *dasselbe* Recht, besonders etwa dasselbe eigne Recht **) haben, aber nur von

*) S. oben Thl. I. S. 213. ff.

**) ebendas.

einem allein dasselbe in einem bestimmten Falle, wo sie etwa zusammentreffen, anzuwenden ist. Es leuchtet ein, daß dann nur das hier eben anwendbare ausgeübt werden könne. So das Privilegium des Vellejanischen Senatsschlusses nur für die bürgschaftleistende Frau, wenn auch ihr eine Frau als Gläubigerinn gegenüber steht, welcher sie Bürgschaft leistete. *) Gleichermaßen kann eine Kirche ihre auf vierzig Jahre auszudehnende Verjährung auch gegen eine andre Kirche geltend machen, **) oder auch der, welcher in Geschäften eines Gemeinwesens abwesend war, gegen den andern, der es auch war, wegen erlittenen Schadens; ***) eben so der Minderjährige gegen den Fiscus Wiedereinsetzung mit Erfolg nachsuchen, †) und auch ein Geistlicher gegen den andern sich auf den privilegirten Gerichtsstand berufen. ††)

Hartleben †††) bemerkt mit Recht: es würde bey andern Ansichten das Widersinnige entstehen, daß es eigne Rechte geben müßte, welche bey Beobachtung der Regel, daß kein Privilegirter gegen einen andern eben so Begünstigten sein Privilegium ausüben könne, in

*) *C.* IV, 49. *c.* 5. (*ad SC. Velej.*)
**) *X.* II. 26. *c.* 6 *et* 8. (*De praescript.*)
***) IV, 6. *fr.* 46. (*ex quib. caus.*)
†) *C.* II. 37. *c.* 1. (Si advers. fiscum)
††) *X.* II. 2. *c.* 1. (*De fori compet.*)
†††) l. c. p. 265.

keinem Falle anzuwenden seyn würden, wie dies bey der Rechtswohlthat der Competenz zwischen Gesellschaften ganz offenbar vorliegt. Eben so müßte dann auch bey jedem Privilegium des Gerichtsstandes, welches Klägern und Beklagten gleichförmig zuständе, jener den andern im gemeinen Gerichtsstande belangen.

Dieses alles wird dadurch nicht im geringsten verändert, daß es Privilegien geben kann, welche man bloß gegen solche zu gebrauchen haben soll, die nicht dasselbe Privilegium haben, keinesweges gegen gleichförmig Privilegirte. Hier entscheidet denn aber nicht die Regel, sondern die besondere Bestimmung in dem einzelnen Privilegium.

Selbst aber darüber giebt eine oben angeführte, zur Begründung der Regel benutzte, Gesetzesstelle *) keinen Beweis, wenn man sie genau betrachtet. Nach derselben sollen die Soldaten, welche ehrenvoll ausgedient haben, von Vormundschaften befreyt seyn, nur von den über Soldatenkinder nicht. Offenbar stoßen sie hier nicht mit solchen zusammen, die dasselbe Privilegium genießen, dessen sie sich erfreuen; sondern mit Kindern von solchen. Daher ist es, wie doch nach der obigen Angabe **) geschehen, auf keine Weise zur Unterstützung der so sehr gemißbrauchten Regel zu benutzen; aber auch selbst nicht

---

*) XXVII, 1. *fr.* 8. *pr.* (*De excusationib.*)

**) S. besonders die aus Carpzov citirten Stellen.

als Beyspiel für die, ausdrücklich auf nicht gleichförmig Privilegirte beschränkten, Privilegien. Gleichwohl ist das Gemeinsame vorhanden, daß in dem Privilegium selbst eine ursprüngliche Beschränkung desselben liegt, wie schon Lüders *) richtig bemerkt, wenn gleich in einer andern Beziehung.

3) Näher drängen sich gleichsam die Schwierigkeiten heran, wenn die zusammenstoßenden Rechte denselben Gegenstand betreffen. Gleichwohl ist auch hier noch eine Klasse von Fällen denkbar, in denen keinem der verschiedenen Berechtigten ein ausschließendes Recht beyzulegen ist. Dies nennt man wohl Concurrenz der Rechte (nudum concursum jurium). Es mag eine solche nun bey allgemeinen Rechten, oder aber bey eignen Rechten, oder endlich auch bey eigentlichen Privilegien vorkommen; so werden sie in einem, wie in dem andern, Falle neben einander ausgeübt. Man denke nur an zwey gleiche Gewerbsrechte, oder an zwey Jagdgerechtigkeiten, wenn diese sogar für einen und denselben District verliehen sind.

Nur sind dabey zwey Folgen zwar nicht immer nothwendig, aber doch leicht möglich. Einmal kann durch dies gleichzeitige Ausüben recht wohl einer dem andern den, aus solchen Rechten zu ziehenden, Nutzen und Vortheil verringern, worüber im römischen Rechtsbuch **)

---

*) a. a. O. §. 7. S. 493.

**) XX, 1. *fr.* (*De pignorib.*)

wieder ein ganz einleuchtendes Beyspiel vorliegt: Zwey Pfandrechte an einer Sache werden (wenn nemlich sonst kein andrer Grund eines Vorzugs vorhanden ist,) neben einander, wenigstens bis auf die Hälfte des Pfandstücks ausgeübt, wenn anders nicht einer allein das Pfandstück besitzt.

Sodann giebt es auch Fälle, wo zwar, ehe etwas geschehen, jeder anfangen kann, auszuüben, aber wo, der Natur der Sache oder besondern Vorschriften nach, der die Ausübung Anfangende in diesem Falle die Ausübung des andern ganz verhindert, wie dies ganz leicht und deutlich durch das Beyspiel der concurrenten Gerichtsbarkeit und der dabey entscheidenden Prävention sich erläutert.

4) Das eigentlich schwierigste Verhältniß tritt indessen dann ein, wenn jeder Berechtigte nach der Natur des Rechts ein, im eigentlichen Sinne ausschließendes, Recht auf den Gegenstand hat, zu dem denn freylich auch andre eben so ausschließend berechtigt sind. Man nennt dieses Verhältniß gewöhnlich Collision der Rechte. Dieses ist nun die eigentlich bedeutendste und in dem allgemeinen Rechtstheile abzuhandelnde Lehre. Sie ward sonst fast nur einzig in Ansehung der Privilegien behandelt, und es mußte natürlich die Ansicht überhaupt viel klärer machen, als man sie, wie vorher schon gerühmt worden, aus einem noch umfassendern Gesichtspunkte prüfte.

Daß diese Lehre mit einer andern über Collision der Gesetze nichts gemein habe, in welcher nicht über das Zusammenkommen von Rechten, welche verschiedenen Personen zustehen, sondern von Rechtsregeln, die in verschiedenen Ländern gelten, die Untersuchung anzustellen ist, würde kaum einer Erwähnung bedürfen, wenn sie nicht von einigen, besonders in Hert's oben erwähnter Schrift, zusammen abgehandelt wären.

Für diese Collision verschiedener Rechte giebt nun die erste Abhulfe folgende Regel:

Wenn von den zusammenstoßenden Rechten das eine auf einer allgemeinern Vorschrift beruht als das andre; so geht das letzte dem ersten vor. So ist unstreitig ein, bestimmter und eingeschränkter sprechendes, Privilegium einem eignen Rechte, und ein eignes Recht einer gemeinen Rechtsregel vorzuziehen. Es bedürfte diese Behauptung zu ihrer Unterstützung kaum einer Berufung auf noch allgemeinere Bemerkungen, die sich in den lateinischen Rechtsbüchern finden; *) denn der Begriff eines jeden einzelnen dieser Verhältnisse entscheidet schon so vollkommen, daß sie ohne diese Annahme selbst als vernichtet und gar nicht denkbar erscheinen müßten. Wie sie vorher, dem ihnen einzuräumenden Vorzuge nach,

---

*) Z. B. L, 17. *fr.* 80. (*De R. J.*): In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. — *Sext.* V, 12. reg. 34. (*De V. S. et R. I.*): Generi per speciem derogatur.

geordnet sind; so müssen sie schon darum untergeordnet bleiben, weil es ja widersinnig wäre, die bestimmt vorgeschriebene Ausnahme für den Fall, von dem sie gilt, nicht der Regel, welche in diesem Falle nicht gelten soll, vorzuziehen.

Dies entscheidet also ganz durchgreifend für sich. Anwendungen finden sich im Codex Justinians, nach welchen die Privilegien der Decurionum und Silentiariorum keinen Abbruch durch generellere Anordnungen leiden sollen; *) und in den Decretalen, wo ein specieller päbstlicher Auftrag einem generellen, **) eine specielle Gerichtsbarkeit einer generellen vorgezogen ist, wenn auch die letzte bey der Ertheilung der ersten nicht genannt wäre. ***)

III.

2) bey ausdrücklich ertheiltem Vorzuge oder höherem Alter unter Rechten von gleichem Umfange.

(vergl. Lehrbuch §. 241.)

Sind nun die Rechte ganz gleich dem Umfange nach, also etwa beide gemeingeltende Rechte, oder beide eigne Rechte, oder beide eigentliche Privilegien; so steigt dann

*) *C.* XII, 16. *c.* 3. (*De silentiar. et decurion.*)

**) *X.* I, 3. *c.* 1. (*De rescript.*)

***) *X. eod. c.* 14. — vergl. auch *X. eod. c.* und *Hartleben* l. c, reg. 1.

die Untersuchung ganz eigentlich in den Kreis hinab, in welchem sie sich bisher fast ganz allein bewegte. In diesem ward denn auch die beliebte obgedachte Regel fast einzig als entscheidend anerkannt; gleichwohl kann sie noch lange nicht unmittelbar zur Anwendung kommen.

Vor allen andern ist wieder auf einen, dem einen Recht etwa ertheilten, Vorzug zu sehen, worauf denn wohl die Formel bezogen ward: *Privilegium fortius vincit debilius.*

Dieser Vorzug kann nun, besonders zwischen eignen Rechten, durch eine ausdrückliche Erklärung in den Gesetzen ertheilt seyn; und davon enthält das römische Recht einige unverkennbare Beyspiele; so soll das dem Minderjährigen zustehende Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch gegen das, für den (volljährigen) Haussohn geltende, Privilegium des Macedonianischen Senatsschlusses, *) wie auch gegen das, eine Bürgschaft leistende Frau begünstigende, Recht des Vellejanischen Senatsschlusses, wenn der Minderjährige sonst

*) IV, 4. *fr.* 11. §. 7. (*De minorib.*): Plane si *minor annis cum filio familias majore* contraxerit: et Julianus l. 4. Dig. et Marcellus l. 2. Dig. scribit, posse in integrum restitui: *ut magis aetatis ratio quam SCti habeatur.* — XIV, 6. *fr.* 3. §. 2. (*De SC. Maced.*): Proinde et in eo, qui scire non potuit, an filius fam. sit, Julianus l. 12. cessare SCtum ait: ut puta in pupillo, vel minore XXV annis. *Sed in minore, causa cognita, et a Praetore succurrendum.* In pupillo autem etiam alia ratione debuit dicere cessare SCtum etc.

durch des Schuldners Zahlungsunfähigkeit Schaden leiden würde, *) gelten. Dagegen soll der Macedonianische Senatsschluß doch auch gegen eine Stadt gelten; **) der Vellejanische aber bey Intercessionen einer Frau für einen freyzulassenden Sklaven ***) und für einen Brautschatz †) wegfallen. Auf gleiche Weise fließt auch aus der Natur des Geschlechtsretracts ziemlich natürlich, daß ihn der nähere Verwandte gegen den entferntern geltend machen könne.

Weil nun aber dieser Vorzugsbestimmungen durch Gesetze immer nur wenige sind; so haben die neuern Rechtsgelehrte nach mehrern gesucht, und willkührliche Vorzüge aufgestellt, deren Gründe zum Theil nicht ausreichen, und welche anderntheils bey genauer Ansicht der angeführten Fälle darum ganz wegfallen müssen, weil diese Fälle aus ganz andern Verhältnissen ihre natürlichste Erledigung schöpfen.

---

*) IV, 4. *fr.* 12. (*De minorib.*): Si apud minorem mulier pro alio intercessit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde, atque ceteri, per actionem summoveri debet: scilicet *quia communi jure in priorem debitorem ei actio restituitur*. Haec, *si solvendo sit prior debitor: alioquin non utetur* SCti auxilio.

**) XIV, 6. *fr.* 15. (*De SC. Maced.*) — Ob hieraus mit Dion. *Gothofred* annot. ad *fr.* 15. cit. lit. K. die Folge allgemein zu ziehen sey, das Recht der Stadt sey schwächer als das Recht der Minderjährigen; ließe sich wohl bezweifeln.

***) *C.* IV, 29. *c.* 24. (*Ad SC. Vellej.*)

†) *C. eod. c.* 25.

Besonders will man gar gern zum Vortheil der Kirche entscheiden; und zuförderst zieht man eine Kirche dem Minderjährigen vor. Redoanus *) z. B. behauptet dies aus dem Grunde, weil der Minderjährige durch einen Eid nach der authentica sacramenta puberum sich binde, die Kirche aber durch den Eid ihres Prälaten nichts verliere. Hiegegen erklären sich nun andre, **) aber freylich zum Theil mit unstreitig schwachen Gründen. Für solche muß man doch wohl erkennen, wenn man sich darauf stützt, daß die Kirche ihr Vorzugsrecht nur nach dem Muster des Minderjährigen hätte, und daß es in einer Stelle des kanonischen Rechts ***) bloß heiße: quod ecclesia *fungatur* jure minoris. Es ist gewiß über allen Zweifel erhaben, daß die Hauptentscheidung hiebey immer davon abhänge, was Tryck †) heraushebt, wie derjenige immer vorgehe, der für einen Ersatz eines erlittenen Schadens gegen einen streite, der bloß Gewinn machen wollte. Weiter entscheidet er freylich nichts, und unbedenklich muß man auch jeden sonstigen, noch im Zweifel bleibenden Fall, nach andern Ansichten, nicht aber nach einem Vorzuge zwischen beiden Berechtigten, entscheiden.

---

*) *Redoanus* de reb. ecclesiae non alienand. qu. 23. c. 2. n. 13. (Placent. 1572. p. 478. sq.)

**) *Leyser* Sp. 61. m. 2. — *Hartleben* l. c. Sp. 13. p. 266.

***) *X.* I, 41. *c.* 3. (*De in integr. restit.*)

†) *l. c. c.* 2. n. 81.

Ein ganz ähnliches Urtheil muß man über den Streit zwischen einer Kirche oder andern religiösen Gesellschaft und einer Gemeinheit oder einem Collegium fällen. Denn die für den Vorgang eines religiösen Instituts von Leyser, *) der dies mit einem Facultäts-Urtheil für ein Kloster belegt, und von Hartleben **) angeführten Gründe, daß diese Gesellschaft erstlich eine Gesellschaft, wie die ihr entgegenstehende sey, zweytens aber noch die Begünstigung der Frömmigkeit für sich habe, sind um so sicherer nichtig, da der eine offenbar gänzlich folgenlos und nichts beweisend, der andre aber an sich selbst unbegründet ist.

Außer solchen, durch ausdrückliche Gesetze ertheilten, Vorzügen für bestimmte Rechte ist nun noch eine andre Quelle von Vorzügen für ganze Rechtsclassen in dem höhern Alter einer Berechtigung gegen die andre betrachtet, zu suchen. Gleichwohl gilt auch diese Quelle zunächst nur für zwey Classen von Rechten.

Zuerst für Pfandrechte, sie mögen ausdrücklich bestellt, oder der gesetzlichen Ertheilung gemäß entstanden seyn. Diese Erörterung ist indessen hier nicht fortzusetzen; sie bezieht sich allein auf den Concurs mehrerer Gläubiger, und dort muß sie denn förmlicher durchgeprüft werden. ***)

---

*) l. c.

**) l. c.

***) vergl. mein Lehrbuch §. 2035.

Eine Bemerkung ist aber dennoch hier des ganzen Zusammenhanges wegen nicht zu übersehen, daß nemlich bey diesem Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte, der vorgeschriebenen Entscheidung nach dem Alter kein andres Privilegium im Wege stehe oder Abbruch thue, wie dieses das Beyspiel zweyer Kirchen deutlich beweist, welchen beiden Pfandrechte an derselben Sache eingeräumt werden, und die sich einzig nach dem Alter ordnen. *)

Eine genauere Betrachtung, gerade an dem jetzigen Orte, heischt dagegen die zweyte Classe von den, der Altersfolge nach, einander unterzuordnenden Rechten. Diese begreift die Privilegien im weitern Sinne; **) aber eben deswegen zwey Arten von Rechten, bey denen die besondre Natur einer jeden nicht dieselbe Weise des Anfangs gestattet.

Von den eigentlichen Privilegien, welche, durch besonders für sich bestehende Verordnungen bestimmten, einzelnen Personen oder Inbegriffen von solchen ertheilt worden, spricht die Zeit der Ertheilung den Anfang des Rechts aus; und darüber werden denn die Regeln mit folgenden Formeln ausgedrückt: Qui prior est tempore,

---

*) *Carpzov* P. III. dec. 277. n. 12. 13. *Leyser* Sp. 10. m. 11.

**) *Hommel* rhaps. Vol. III. obs. 469. n. 12. p. 746. — mit mehrern andern angegebnen Citaten.

prior est jure; *) privilegium posterius non tollit prius; **) inter duo privilegia contraria antiquius praevalet. ***) Alle Gründe, welche dafür angeführt werden, sind freylich nicht von gleichem Gehalt. Derjenige entscheidet gleichwohl an sich allein hinlänglich, daß der Gesetzgeber durch keinen Schritt wohlbegründete, und vollends von ihm selbst ertheilte, Rechte werde nehmen wollen; daß man darum immer annehmen müsse, er habe jedes neue Recht, mit Vorbehalt der schon bestehenden Rechte andrer, gegeben, †) oder wie man sich auch wohl ausdrückt, er habe immer die Clausel, daß dem ältern Privilegium kein Abbruch geschehe, stillschweigend hinzugefügt. ††) Eine sehr deutliche und passende Anwendung dieser Ansicht giebt eine Stelle der Pandekten, nach welcher eine fürstliche Erlaubniß, auf einem öffentlichen Orte zu bauen, nicht so ertheilt werden dürfe, daß dadurch jemandes Rechte beeinträchtiget würden. †††) Die

---

*) So in *Sext.* V, 12. reg. 54. (De V. S. et reg. per.) — angewandt in *X.* II, 26. c. 19. (*De praescr.*)

**) *Hert* d. cit. de collissione legum Sect. V. §. 2. p. 155.

***) *Leyser* Sp. 11. cor. 1.

†) arg. *C.* I, 19. *c.* 7. (*De precib. imp. offerend.*) arg. *C.* VIII., 49. *c.* 4. (*De emancipationib.*)

††) *Leyser* Sp. 61. med. 11.

†††) XLIII., 8. *fr.* 2. §. 10. (ne quid in loco publ.): — quotiescunque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, *ut sine injuria cujusquam fiat:* et ita solet princeps, quotiens aliquid novi operis instituendum petitur, permittere.

Möglichkeit, daß ein Gesetzgeber ein früheres Privilegium durch ein späteres einschränken konnte und wollte, ist freylich, den Thatsachen und Gesetzen nach, allerdings da, *) und darum besonders der Inhalt des neuern Privilegiums allerdings genau zu prüfen. Dennoch läßt sich, dem vollen Zusammenhange der Verhältnisse gemäß, doch unbedenklich die Behauptung vertheidigen: es sey bey einer nicht klaren Aufhebung des ältern Privilegiums durch das neuere der Rechtsvermuthung statt zu geben, daß das neuere durch Verschweigung des ältern erschlichen sey. Ist nun vollends das neuere Privilegium ein allgemeineres; so ist, schon nach bekannten Hauptgrundsätzen, **) ein früheres specielles dadurch gewiß nicht aufgehoben, übrigens dies auch noch in einer Stelle des kanonischen Rechts ***) ausdrücklich gesagt.

Für diese, an sich unstreitige und ziemlich gleichförmig anerkannte, Ansicht des Verhältnisses von Privilegien ist indessen doch auf der einen Seite der, aus dem Vorzuge des ältern Brautschatzes abgeleitete, Grund nicht als statthaft zu erkennen, indem dieser Vorzug keinesweges aus dem Alter des Privilegiums, sondern aus dem Alter der Begründung des Pfandrechts hervorgeht, welche besondre Lehre wohl keine ausdehnende Anwendung gestattet.

---

*) vergl. arg. *X.* 11, 26. *c.* 19. (*De praescript.*)

**) S. Lehrbuch §. 24. not. b.

***) *Arg. C.* VIII, 18. *c.* 12. §. 1. *in f.* (qui potiores in pignore) verb.: *et ideo.*

Auf der andern Seite sind auch nicht alle, von jener Ansicht gemachte Anwendungen den wahren Verhältnissen der Sache angemessen. So führt Leyser *) billigend aus Mornacius **) an, daß die Pariser Universität gegen die beiden Universitäten von Angers und Avignon wegen des höhern Alters ihres Privilegiums den Sieg in einem Rechtsstreit davon getragen. Alle Umstände deuten darauf hin, daß ihr, nicht aber den andern, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuerkannt worden. Auf diesen Fall läßt sich jedoch die Lehre von speciellen Privilegien nicht anwenden. Das Privilegium einer Universität ist jeder einzelnen besonders ertheilt, nicht aber das Privilegium der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; und gesetzt, dies letzte wäre sogar in dem ertheilten Privilegium ausdrücklich erwähnt; so steht es einer jeden doch eigentlich darum zu, weil sie Gemeinheiten sind, und weil solchen die Wiedereinsetzung nach allgemeinen Vorschriften, nicht als Privilegium im strengen Sinne, sondern als eignes Recht, zukommt. Darum ist ein solches Zusammentreffen nach andern später zu erwägenden Regeln zu entscheiden; und zwar wird in den meisten Fällen dieser Art diejenige Auskunft geben, nach welcher demjenigen dieses Privilegium der Wiedereinsetzung allein zu schützen ist, der ohne dasselbe

---

*) loc. cit.

**) Mornacius ad IV, 4. *fr.* 11. §. 6. (*De minorib.*)

Schaden leiden würde, und zwar besonders dann, wenn der andre bloß Vortheil sucht.

In Ansehung andrer in allgemeinen Verordnungen festgesetzten, folglich auch der eignen, Rechte behauptet nun zwar Thibaut, *) besonders gegen Glück: dabey entscheide der Vorzug der Zeit gar nicht, weil dieser sich nur auf Privilegien und Pfandrechte beschränke. Sollte aber in Ansehung jener dennoch nicht eine Art von Fällen als Ausnahme anerkannt werden müssen? Es giebt Rechte, welche freylich auf allgemeinere Gesetze sich gründen, aber die man sich doch erst durch eine bestimmte Thatsache zueignet. Diese begiebt sich also in einem bestimmten Zeitpunkt, und kann dann deshalb in Ansehung ihres Alters mit einer andern, auch zufolge des allgemeinern Gesetzes vorgenommenen, verglichen werden. Dies ist in einer Novelle **) durch eine allgemeine Formel bezeichnet, wenn gleich auf einen speciellen Fall angewandt. Es ist wahr, daß sich die Anwendungen davon nach unsern Gesetzen fast nur bey der Erwerbung des Eigenthums und beym Pfandrecht werden machen lassen; aber besonders in der letzten Beziehung führen die gesetzlichen Pfandrechte wohl eine ausdehnende Anwendung sehr nahe herbey, wenn sich dazu nur Verhältnisse fän-

---

*) Versuche Thl. II. S. 289. f.

**) *Nov.* 91. *c.* 1: Quod antiquius est tempore, amplius manere proprium habens robur et privilegium.

den, deren Entstehung indessen nach neuen Gesetzen ganz begreiflich seyn würde. Denn bey gesetzlichen Pfändern ist das Pfandrecht selbst den Geschäften oder Gütern durch die Vorschrift des Gesetzes beygelegt; also entsteht nicht das Pfandrecht an sich unmittelbar, sondern dies Geschäft, das damit bevorzugt ist, oder diese Qualität des Guts durch eine Handlung in der Zeit, und das Pfandrecht begleitet sie nur als Folge. Nach dieser Ansicht hat denn eben der ältere Brautschatz sein bevorzugtes Pfandrecht gegen den Brautschatz der später erheiratheten andern Frau geltend zu machen; *) aber nicht darum, weil das Pfandrecht selbst später bestellt ist. Dies ist durch eine, dazu eigens vorgenommene Handlung von Privatleuten, gar nicht angeordnet; sondern nur die Schließung einer Ehe und die Bestellung eines Brautschatzes sind zweymal vorgenommen. Allein weil mit diesen Handlungen die Gesetze das bevorzugte Pfandrecht verbunden haben; so entsteht dasselbe zwar den Gesetzen zufolge, aber doch der Zeit nach durch jene, zunächst etwas anders bezweckenden, Handlungen.

In Ansehung aller übrigen durch allgemeine Gesetze ertheilten, oder auch bloß, da schon Gewohnheit oder Natur der Geschäfte sie erzeugt hatte, bestätigten Rechte, kann denn freylich das Alter nichts entscheiden, eben sowohl darum, weil sie in sich selbst keinen Grund eines

---

*) *C.* VIII, 18. *c.* 12. §. 1. (qui potiores in pign.)

solchen Vorzugs tragen können, als weil die Gesetze auch von jeder willkührlichen Unterordnung nach dem Alter schweigen. Es ist zwar gewöhnlich, sich dieser Behauptung wegen noch auf eine Gesetzesstelle, *) als eine ausdrückliche Vorschrift jener Regel, zu berufen; und herausgerissen aus ihrer Stelle und ihrem Zusammenhange, und allein ausgeschrieben, wird sie auch etwas ganz allgemeines auszusagen scheinen. Sie steht aber in dem Titel der Pandekten, der von der Einweisung der Gläubiger in das Vermögen des Gemeinschuldners und der Vertheilung des Vermögensbetrages unter sie spricht; und überdem ist sie, eben weil sie in den Pandekten sich findet und auch von Paulus herrührt, aus einer Zeit, wo die mancherley, meistens erst durch die christlichen Kaiser errichteten, bevorzugten Pfandrechte noch nicht vorhanden waren, und wo der ganze Vorzug am gesammten Vermögen des Schuldners, nicht gerade an einzelnen Pfandstücken, **) bloß nach Privilegien entschieden ward, eben deshalb aber diese desto einflußreicher waren. Darum spricht denn aber diese Stelle allein von den Privilegien im Concurse, und ist ihrem eigenthümlichen Sinne nach zu keiner Ausdehnung geeignet, wenn auch nicht schon

*) XLII, 5. *fr.* 32. (*De rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis*): Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa; et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.

**) S. Lehrbuch Th. II. §. 2051. bes. Anmerk. 1.

die Ueberzeugung von der, allenthalben im Recht auf das höchste nachtheiligen, Verallgemeinerung einzelner bestimmt bezogner Sätze hier von einer Ausdehnung abhalten sollte.

Neben diesen Vorzugsgründen stellen nun manche Rechtslehrer noch einen neuen auf, über den sich vorzüglich Leyser *) mit Beyspielen erklärt. Wenn auf einer Seite ein Privilegium, auf der andern aber zwey verschiedene Privilegien wären; so gingen diese letzten beiden vereinigten dem ersten vor; so läßt er gegen den Fiscus, der Abgaben fordert, einem Minderjährigen, zum Behuf eines Stipendiums und einer piae causae, die Wiedereinsetzung angedeihen. Nur mache dabey, wie er ferner bemerkt, die bloße Mehrheit der Personen, wenn es auch etwa zehn Minderjährige wären, nichts aus; sondern die Verschiedenheit der Privilegien entscheide.

Wie dieses nun aus den bestehenden Gesetzen folgen soll, möchte schwerlich auszumitteln seyn. Freylich sind Gesetze dafür angeführt; aber wenn man auch wieder über die Schwierigkeit jeder Analogie im Recht wegsehen will; so sprechen diese Gesetze von nichts anderm, als einmal davon, daß bloß der natürliche Ascendent durch Adoption die väterliche Gewalt erhielte, ein andrer Adoptirender aber nicht, **) welches überdies noch so

---

*) *Sp.* 61. *med.* 8.

**) C. VIII, 48. *c. pen. pr.* (*de adopt.*) *Inst.* I, 11. §. 2. (*eod.*)

wenig auf etwas allgemeineres sich stützt, daß die ältern Römer diesen Unterschied noch nicht kannten, sondern er später völlig willkührlich eingeführt ward; und dann zweytens davon, daß das doppelte Band bey der Erbschaft dem einfachen vorgehe. *) Wie läßt sich aber in diesen beiden Fällen von einem doppelten Privilegium sprechen? Denn daß in dem Leyserischen Beyspiel sogar eigentlich dasselbe Privilegium nur zwey verschiedenen Personen zukomme, und also er mit seiner letzten Warnung, genau genommen, sich selbst widerspreche, mag immerhin unberügt bleiben. Aber weder verschiedene Privilegien sind in beiden gesetzlichen Fällen da, noch überhaupt dasselbe Privilegium doppelt. Vielmehr wird man auf das höchste nur zuzugestehen haben, daß bey der Adoption, wie bey der Erbschaft, nur ein doppelter Beweggrund den Gesetzgeber bestimmt habe, den einzigen in jedem Falle ertheilten Vorzug ganz willkührlich festzusetzen. Zu ähnlichen Willkührlichkeiten sind aber die lehrenden und ausübenden Rechtsgelehrten durch nichts berechtigt; und zeigt sich dabey wieder von neuem eine der durchaus tadelhaften, durch nichts zu rechtfertigenden, Verfahrungsarten derselben. Zwar ist es wahr, daß die Rechtsgelehrten unsrer Tage Sätze von dieser Art nicht leicht von neuem behaupten; aber sie sollten auch allgemeiner gerecht gegen sich und ihre Mitwelt seyn, welche oft genug darunter leidet, und sie

---

*) *Nov.* 84. *c.* 1. *C.* VI, 59. *auth.* itaque (*communia de Succ.*) u. a.

nicht den ältern sogenannten Praktikern auch nur nachsprechen. Den hier beleuchteten Fall muß man allein nach andern, schon früher beleuchteten oder noch zu erwägenden, Regeln entscheiden.

IV.

3) bey dem Widerstreit der, verschiedenen mit demselben Recht begabten Personen, zustehenden Rechte, ohne einen an dem Recht selbst haftenden Vorzug.

(vergl. Lehrbuch §. 242.)

Ist nun von zwey widerstreitenden Rechten keins aus einem der, für statthaft anzuerkennenden, Gründe besonders begünstigt; so ist der erste dabey mögliche Fall darin zu setzen, daß zweyen Personen ein und dasselbe Recht zusteht, und dies, oder andre denselben zukommende Rechte, gerade gegen einander laufen. Diesen Fall nennt Thibaut, von dem sich überhaupt die angedeutete Sonderung der Fälle in der Hauptsache herschreibt, die directe Collision der Rechte.

Für eine solche stellt man gewöhnlich als die erste Entscheidungsnorm folgende Vorschrift auf: Es gehe alsdann derjenige, welcher einen Schaden von sich abwenden wolle (qui certat de damno vitando), demjenigen vor, welcher bloß Gewinn suche (qui versatur in lucro captando): Alle, zur Begründung dieses Satzes benutzten,

Gesetzesstellen aber sprechen bloß von der Wiedereinsetzung, und möchten schon darum Zweifel erregen, ob sie sogleich zu einer allgemeinen Regel über Privilegien oder vollends über alle Rechte, zu erheben gewesen wären? Um auch indessen dies nicht einmal zu beachten, so möchten sie sogar für die Wiedereinsetzung allein, ganz genau beleuchtet, nicht jene Regel, sondern eigentlich eine andre enthalten. Die Wiedereinsetzung gründet sich, den bekanntesten Rechtsgrundsätzen nach, schlechthin auf Rechtsverletzung oder also auf einen erlittenen Schaden, und hat ohne diesen Grund nie statt; *) in den hier benutzten Stellen wird aber nun noch bestimmt gesagt: Die Wiedereinsetzung sey nie zu gestatten gegen einen auch zu derselben Berechtigten, der durch die Gewährung dieses Rechtsmittels bloß Schaden leiden würde. Vom Gewinnmachen ist auf beiden Seiten nicht die Rede; Schaden ist auf der einen Seite bereits geschehen, und droht nunmehr von der andern Seite durch die Wiedereinsetzung, wenn auch mittelst eben derselben der erste Schaden gutgemacht werden könnte. Würde nun auf dieser andern Seite nichts als Schaden die Folge der Wiedereinsetzung seyn, so soll sie nicht zugelassen werden.

Das Hauptbruchstück, auf das man sich dabey stützt, ist nun das erste in dieser Abhandlung aufgeführte. **)

*) S. Lehrbuch §. 1989. und die dort angeführten Stellen.

**) IV, 4. *fr.* 11. §. 6. (*De minorib.*)

Die Rede ist darin von zwey Minderjährigen, welchen folglich beiden die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im allgemeinen zusteht; nur folgt daraus noch nicht, daß sie beide solche auch in dem gegenwärtigen Falle anzusprechen befugt seyn. Den Worten des Gesetzes nach wird nur einer als dazu befugt angegeben; ob es der andre, dem Geschäftsverhältniß selbst nach, auch sey, darüber sind die Ausleger nicht einig. *) Indessen hierauf wird bey der eigentlichen Entscheidung Ulpians in der erwähnten Stelle gar kein Gewicht gelegt. Freylich sieht man auch nicht deutlich genug, wieviel Ulpian von der angeführten Bestimmung des Pomponius sonst etwa noch bestehen läßt; der von Ulpian ausdrücklich berührte Fall ist gleichwohl hinlänglich klar und verständlich entschieden. Beide Minderjährige sind durch ihre Minderjährigkeit in Gefahr eines Schadens gerathen. Dies zeigt wohl der Ausdruck bestimmt an: ambo capti sunt; und dies erläutert auch das dort gewählte Beyspiel: Einer hat dem andern Geld gegeben, und dieser ist um

---

*) Daß Cujas dies läugne, wird ausdrücklich in Ant. *Fabri* rational. ad Pand. bey IV, 4. *fr.* 11. §. 6. angeführt, und von ihm das Gegentheil zu entwickeln versucht. Indessen führt Favre keine Stelle aus Cujas Schriften an; die von Glück Comment. Th. II. §. 105. not. 46. als die in Beziehung genommene, nemlich *Cujac.* comm. ad Tit. D. de minorib. T. II. op. (Hanoviae. 1602.) p. 169. kann unmöglich von Fabre gemeint seyn; denn sie enthält, selbst im größern Zusammenhange, gar nichts, das dies ausspräche.

das Geld gekommen. Für diese Lage der Sachen giebt nun Ulpian an, unter deren Voraussetzung sey er mit Pomponius einstimmig; bey ihr sey derjenige besser daran, sey durch die Wiedereinsetzung folglich nicht erst in Schaden zu bringen, der das Geld empfangen und verschleudert oder verloren habe. Dies allein und mehr nichts steht in der Stelle.

Dasselbe, und gleichfalls nichts anders, ist auch der einzige richtige Sinn, der einer andern Stelle *) von Paulus in demselben Titel, also unstreitig wieder in Beziehung auf die Wiedereinsetzung, beyzulegen ist. Wenn ein, noch nicht fünf und zwanzig Jahr alter, Jüngling einem minderjährigen Haussohn Geld dargeliehen hat; so ist der letzte, wenn dies von ihm verbraucht worden, besser daran, und kann folglich nicht auf Wiedereinsetzung belangt werden, offenbar deswegen, weil er durch sie nicht um einen früher gemachten Gewinn gebracht werden, sondern wirklich neues Geld aus seinem eignen hergeben, folglich bloß in Schaden kommen müßte. Daß es nur so zu nehmen sey, zeigt die hinzugefügte Ausnahme noch deutlicher. Wenn die Wiedereinsetzung nicht Schaden bewirken, sondern dem Empfänger nur den Gewinn abnehmen kann, welchen er sonst aus dem

*) IV, 4. *fr.* 34. *pr.* (*de minorib.*) : Si minor vigintiquinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est consumentis: nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is, qui accepit.

durch sie aufzuhebenden Geschäft auf Kosten des Gegners machen würde; so wird sie diesem letzten ertheilt. Hieraus ist aber immer nichts für die gewöhnlich behauptete Regel abzuleiten, daß derjenige, welcher Gewinn mache, immer demjenigen, welcher Schaden leide, nachstehe. Denn daß der Kläger in beiden übrigen genannten Fällen ganz entschieden nicht aus der Ursache zurückstehe, weil er Gewinn mache, liegt auf das unverkennbarste vor Augen. Er bekommt immer sein dargeliehenes Geld nicht wieder; dies ist ganz reiner Verlust, und gewiß kein Gewinn dabey auszufinden. Ein drittes Gesetz, *) das man wohl noch anführt, sagt vollends gar nichts, als daß die Wiedereinsetzung auf einen erlittenen Schaden begründet werde, bey einem solchen aber auch gegen einen nachzusuchen sey, dem sonst dasselbe eigne Recht zukäme, und der es folglich in einem andern ihm zum Schaden gereichenden Falle auch anwenden könnte. In diesem ihm allein zukommendem Sinne ist aber schon früher (11.) eine Beziehung darauf genommen.

Ganz folgerecht nach den ersten beiden Gesetzen führt nun Leyser **) aus Mornacius ***) das Beyspiel

---

*) IV. 6. *fr.* 46. (ex quib. causis majores): Qui reipublicae causa abfuit, etiam adversus eum, qui pariter reipublicae causa abfuit, restituendus est, si aliquid damni juste quaeritur.

**) *Sp.* 61. *med.* 7.

***) ad IV. 4. *fr.* 11. §. 6. *de minorib.*

an, daß ein Minderjähriger gegen eine einem andern gemachte Schenkung, und Carpzov *) ein zweytes, wo eine Gemeinheit gegen einen Minderjährigen auch gegen eine Schenkung in den vorigen Stand wieder hergestellt ward. Dies fließt aber ganz aus den früher berührten allgemeinen Grundsätzen über Wiedereinsetzung, und es bedarf dazu nicht im geringsten der Ausdehnung derselben zu der, ohne allen gesetzlichen Grund erdachten, (freylich auch in meinem Lehrbuch wiederholten,) allgemeineren Regel, auch außer dem Fall der Wiedereinsetzung.

Gewöhnlich geht man nun, wenn jene erdachte Regel nicht aushülfe, und in dieser Voraussetzung beide gleichviel zu verlieren hätten, zu einer neuen über, daß alsdann der Besitzer, oder wie andre **) lieber es ausdrücken, daß der Beklagte den Vorzug habe. Beide Regeln sind so unstreitig dem Recht und dem Zusammenhange desselben gemäß, ***) daß ihre Anwendung keinem Zweifel im allgemeinen unterworfen seyn kann, daß für die Begünstigung des Beklagten, außer der bekannten Hauptstelle, die sie im Ganzen ausspricht, †) von Leyser die beiden eben vorher angeführten Stellen genannt

---

*) Lib. II. resp. 97.

**) *Leyser Sp.* 61. *m.* 8. Glück Komm. Thl. II. §. 105.

***) Lehrbuch Th. I. §. 193. Th. II. §. 1427.

†) L, 17. *fr.* 125. (*De reg. jur.*): Favorabiliores rei quam actores habentur.

sind, welche, genau angesehen, doch noch etwas anders sagen; und daß jene Begünstigung darum nicht immer durchhelfe, weil es Fälle giebt, wo beide Partheyen Kläger seyn könnten, und andre, wo der Beklagte bey seinen Einreden als Kläger zu behandeln ist.

Nach allen diesen Fällen lassen denn endlich die neueren Berichtiger der ganzen Theorie wohl die Regel, die früher alles entscheiden sollte, als den letzten Nothbehelf eintreten. Freylich wird sie nun auch bey der bloßen Begünstigung des Besitzers oder Beklagten von einer höchst seltnen Anwendung seyn; indessen soll doch nun zuletzt, wenn nichts anders entscheidet, die Vorschrift aushelfen: der Privilegirte dürfe gegen einen auf gleiche Weise Privilegirten seines Rechts sich nicht bedienen, mithin dürfe zwischen beiden keins ihrer besondern Rechte ausgeübt werden; sondern es sey allein nach dem allgemeinen Rechte zu entscheiden.

Es sey im allgemeinen nicht widersprochen, daß einer solchen Regel in sehr beschränkten Verhältnissen Statt gegeben werden könne. Dennoch sind noch wohl einige Betrachtungen dabey auch nach dem Bisherigen nicht überflüssig.

Vor andern ist es von neuem in die Erinnerung zu rufen, daß von den beiden vorzüglich dafür angeführten Gesetzen keins diesen Sinn zulasse, sondern jedes, wie entwickelt worden, eine ganz andere Auslegung erfordere.

Es giebt aber auch sonst keine hier passenden Gesetzstellen. Man beruft sich freylich noch wohl auf einige; allein diese sprechen entweder von dem Wegfallen einer Klage zwischen zweyen, die einander betrogen haben, *) oder davon, daß beide Partheyen bey einem Kauf wußten, die Sache, über welche sie contrahirten, sey gestohlen, **) oder aber damals schon durch Feuer untergegangen, ***) oder von den Wirkungen eines gegenseitigen Verzugs, †) oder endlich auch von der Compensation. ††) Alle diese Fälle geben aber unbedenklich weder einem eignen Recht, noch vollends einem eigentlichen Privilegium Statt, wofür sie doch hier beweisen sollen.

Neben diesem wird derselbe Satz auch wohl aus allgemeinen Betrachtungen abgeleitet: †††) Er folge nemlich aus dem absolut nothwendigen allgemeinen Satz, daß das Gleiche ein anderes Gleiche nicht zum Weichen bringe. Es mag nicht einmal darauf ein Gewicht gelegt werden, daß man nicht ohne große Behutsamkeit solche Sätze aus der physischen Welt auf die moralische übertragen dürfe; denn ohne unnütze Ausdehnung läßt sich

---

*) IV, 4. *fr.* 36. (*De dolo malo*): Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.

**) XVIII, 1. *fr.* 34. §. 3. (*De contrah. emt. vend.*)

***) *Eod. fr.* 57. §. 3.

†) XVIII, 6. *fr.* 17. (De peric. et c. r. v. vergl. Lehrbuch, §. 454.

††) Lehrbuch §. 651. ff.

†††) vergl. Thibaut Vers. Th. II. S. 295 f.

dieser Satz doch noch wohl auch in der letzten geltend machen. Nur sey es erlaubt, zu bemerken, daß nicht alle dafür angeführten Beyspiele bloß durch diese Regel zu lösen sind. Sie möchten wohl einen näher treffenden Gesichtspunkt erheischen. Wenn es z. B. in einem Testament heißt: A soll Sklave von B seyn, welcher frey werden soll, und B soll Sklave von A werden, welcher Freyheit erhalten soll; oder aber wenn der Regent zweyen Personen zu gleicher Zeit in zwey Privilegien eine gesetzlich untheilbare Pfründe ertheilte; so ist dies freylich nicht auszuführen; jedoch nicht wegen des Widerstreits der Rechte, sondern wegen Unverständlichkeit und dadurch entstehender unmöglichen Ausführung der ganzen Anordnung.

Endlich dürfte die letzte Wendung der Regel, daß man sich an das gemeine Recht zu halten habe, keinesweges durch das zuerst angeführte Gesetz *) unterstützt werden, und zwar nicht bloß aus dem Grunde, weil es, seinem ganzen Zusammenhange nach, nur die oben vollständig entwickelte Auslegung leidet; sondern auch darum, weil die aus Pomponius angeführten Worte: non restituendum, welche eigentlich das hier zu Erwägende stützen sollen, den deutlichen Worten nach gar nicht durch Ulpian im allgemeinen bestätigt werden, sondern bloß in Hinsicht auf den von diesem bestimmten Fall

*) IV, 4. *fr.* 11. §. 6. (*De minorib.*)

gebilligt, aber auch eben darum wohl nur allein darauf beschränkt, folglich um so weniger auszudehnen sind. Eben deswegen reicht aber wohl diese Ansicht nicht hin, überhaupt darauf auch nur etwa die Verwerfung der Wiedereinsetzung bey gleich Privilegirten zu rechtfertigen, weil sie fast ohne Ausnahme nach andern früher berührten Rücksichten wird entschieden werden müssen; und doch ward sonst ganz allgemein jene Regel bey der Wiedereinsetzung angewandt, wie denn bey Leyser *) die Wiedereinsetzung einer Dorfgemeinde gegen eine Kirche allein darnach verworfen ist.

Es mag indessen wohl zugestanden bleiben, daß, nur im geringsten nicht nach irgend einem positiven gemeinen Gesetz, sondern allein nach allgemeinen Verhältnissen, bey den wenigen, nach den obigen Erörterungen noch übrig bleibenden, Fällen das Wegfallen des Privilegiums gegen gleiche Privilegirte für statthaft erkannt werden müsse. Nur scheint nunmehr eigentlich die oben angedeutete Hommelsche Angabe entscheidend zu werden. Nach ihm **) fällt das Privilegium des einen Privilegirten gegen einen andern gleichförmig Privilegirten nicht eher und nicht weiter weg, als wenn dessen Ausübung das Privilegium des andern gänzlich aufheben und umstürzen würde. Dann ist die angegebne Regel

*) *Sp.* 61. *med.* 1.

**) *Hommel* rhaps. obs. 624. T. IV. p. 1344.

auch völlig folgerecht. Kein Berechtigter darf sein Recht einem andern aufopfern, sondern muß es nur so weit beschränken, daß das Recht des andern damit bestehen kann. So weit nun dies bey einem bevorzugten Recht nicht möglich ist; so weit muß das bevorzugte Recht auf das gewöhnliche eingeschränkt werden. Nur freylich muß weder die Natur des Rechts, noch der Wille des Gesetzgebers, noch irgend eine allgemeinere Rechtsregel dem einen bevorzugten Recht den Vorgang vor dem andern entschieden zugesichert haben. Dies ist also der einzige kleine Kreis, in welchem dieser Regel ihre Anwendung zu gestatten ist.

Warum Thibaut *) dabey noch eine Entscheidung des Regenten, die doch wohl erst nach entstandenem Streit statt haben soll, als Beschränkung zuläßt; darüber giebt er keinen Grund an.

V.

4) bey dem Widerstreit, welcher zwischen Rechten durch ihr Zusammentreffen bey einem dritten Gegenstande sich erzeugt.

(vergl. Lehrbuch §. 243.)

Mit Recht wird von der eben erwogenen Art des Widerstreits nun noch die andre gesondert, wo Rechte

*) Pandekt. §. 118.

bey einem dritten Gegenstande oder Geschäft zusammenstoßen. Thibaut führt diesen Widerstreit unter dem Namen der indirekten Collission auf, und ist in der Hauptsache darüber befriedigend; es darf daher nur eine Uebersicht darüber mit wenigen Bemerkungen, der Vollständigkeit halber, hier hinzugefügt werden. Dabey darf indessen der Umstand sogleich nicht übersehen werden, daß das deshalb Aufzuzählende eigentlich gar keine allgemeine Rechtsregeln begreift, sondern bloße Zusammenstellungen von Fällen, welche in den Gesetzen entschieden werden; folglich nur Bemerkungen, deren analogische Ausdehnung geradezu dadurch noch nicht gerechtfertigt ist.

Treffen zuförderst zwey solche Rechte bey einem und demselben Gegenstande so zusammen, daß nur eins statt haben kann; so geht derjenige vor, der im Besitze des Gegenstandes ist. Auf diese Weise wird bey einem, an zwey Personen verkauften, Grundstücke für den entschieden, der Uebergabe erhalten und, wie dieses beym Kauf noch nöthig ist, das Kaufgeld gezahlt hat. *)

Aehnlich ist dann der Fall, wenn bey einem Geschäft der eine früher angefangen hat, auszuüben, als der andre. So fährt von mehrern Bevollmächtigten, von denen jeder das Geschäft allein zu führen beanftragt ist, derjenige allein fort, welcher es auszuführen begonnen hat. **)

---

*) *C.* III, 32. *c.* 15. (*De rei vindic.*)

**) III, 3. *fr.* 32. (*De procuratorib.*) Pluribus procurato-

Dieser letzten Ansicht sind auch die Fälle zuzuordnen, wo die frühere Forderung oder Zahlungsannahme des einen vor ausgebrochenem Concurs, *) oder die frühere Forderung des einen Schenknehmers vor andern Beschenkten, nicht vor andern Gläubigern des Schenkgebers, **) oder endlich das erste Auftreten eines Klägers bey einer sogenannten actione duplici ***) den Vorzug begründet.

Ist dies alles zur Entscheidung des Vorzugs nicht vorhanden; so werden die Rechte, so viel möglich, neben einander aufrecht zu erhalten seyn. Dies kann nun wohl durch Theilung des Gegenstandes, sobald dieser nur theilbar ist, geschehen; wie bey Vermächtnissen an mehrere, bey der Zahlung an einen nach ausgebrochenem Concurse †) u. dgl.

Ist aber eine solche Theilung nicht möglich; so kann keinem Recht ein Vorzug eingeräumt werden; und da sie sich völlig widerstreiten, so wird nun keins ausgeübt. Dieses ist wohl wieder eine ganz nothwendige Folge aus der allgemeinen Natur der Rechte. Ein Beyspiel davon

---

ribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit, ut posterior non sit in eo, quod prior petit procurator. — vergl. Lehrbuch Th. I. §. 523.

*) XLII, 8. *fr.* 6. §. 7. (*quae in fraud. creditor.*) Lehrbuch Th. II. §. 2045.

**) XXXIX, 5. *fr.* 12. (*De donat.*) Lehrbuch Th. I. §. 541.

***) Lehrbuch Th. II. §. 1680.

†) XLII, 8. *fr* 6. §. 7. (*quae in fraud. creditor.*) Lehrbuch Th. II. §. 2015. Anmerk. 1.

liegt freylich in ein paar römischen Rechtsstellen; *) nur ist dasselbe wohl gar nicht geeignet, um zum eigentlichen Beweise der allgemeinen obigen Regel zu dienen, weil es an sich gewiß auf ganz eignen Bestimmungen ruht. Da nemlich zwey heredes necessarii von einem in Güterverfall Gerathenen nach der lege Aelia Sentia nicht zulässig waren, bey der Ernennung von zweyen noch lebenden Sklaven gleiches Namens zu solchen Erben aber der eigentlich gemeynte ungewiß ward; so konnte die ganze Erbeseinsetzung nicht gelten, indem sie sich gegenseitig im Wege ständen.

Es läßt sich hiemit auch einigermaßen zusammenstellen die Vorschrift, daß bey der Scheidung wegen einer, beyden Theilen zugemessenen, unsittlichen Aufführung keiner den andern anzuklagen hätte, weil gleiche Vergehen durch gegenseitige Aufrechnung aufgehoben würden. **)

*) XXVIII, 5. *fr.* 42. (*De heredib. instituend.*): Qui solvendo non erat, duos Apollonios liberos heredesque esse iusserat: altero ante apertas tabulas testamenti mortuo, non ineleganter defendi poterit, eum, qui supererit, liberum et solum necessarium heredem fore. Quod si uterque vivit, institutionem nullius esse momenti propter legem Aeliam Sentiam, quae amplius quam unum necessarium heredem fieri vetat — *fr.* 43: invicem enim eos sibi obstare.

**) XXIV, 3. *fr.* 39. (*Soluto matr. dos quemadm. petatur.*): Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur; *paria* enim *delicta mutua pensatione dissolvuntur.*

Warum hiebey Thibaut *) abermals den Ausweg durch den Machtspruch des Regenten zuläßt, ist weder aus positiven Gesetzen zu errathen, noch aus allgemeinen Rechtsansichten abzuleiten, da diese immer jeder Zuläßsigkeit eines solchen Machtspruches im Privatrecht entgegenstehen, den höchsten Nothfall ausgenommen, der denn wohl nach dem Privätrecht nicht zu beurtheilen, oder sonst bey jeder Lehre zu erwähnen wäre.

Gegen dieses zuletzt angegebne Beruhen beider Rechte bey ihrem Widerstreit ist indessen die Ausnahme für sich selbst klar, wenn ein solches Beruhen der Natur oder den Gesetzen nach nicht möglich, sondern die Ausübung irgend eines Rechts nothwendig ist. Alsdann giebt es Fälle, wo das Gesetz selbst sogleich auch die Regel vorschreibt, wie man herauskommen könne; wie etwa bey gleichen Stimmen mehrerer Richter, **) oder Schiedsrichter, ***) oder auch mehrerer Gläubiger bey Anstands- und Nachlaßverträgen. †)

Fehlt es nun an einer solchen Regel; so weisen die Gesetze sehr häufig zur Entscheidung durch das Loos an. Durch dieses Mittel soll entschieden werden zwischen zweyen, die bey actionibus duplicibus beyde zugleich

*) Pandekten §. 118.
**) Lehrbuch Th. II. §. 1428.
***) Lehrbuch Th. II. §. 1553.
†) Lehrbuch Th. II. §. 1823.

klagen wollen; *) zwischen mehreren Legataren, denen die Wahl eines servi gegeben ist, oder mehreren Erben eines Legatars, der die Wahl hatte, um auszumachen, wer wählen und den übrigen die Schätzung ersetzen soll, **) bey der Erbschaftstheilung, in so weit weder Gesetze noch Verabredung aushelfen; ***) und bey dem Fideicommiß auf Freylassung mehrerer Sklaven, zu denen allen aber der dazu ausgesetzte Preis nicht hinreicht, †) und bey welchen auch die Reihe ihrer Aufzählung nichts entscheidet. Daß indessen dieses Loos auch wieder schwerlich zu einer allgemeinen Regel für solche Fälle zu erheben sey, ergiebt sich, wenn es eines Beweises bedarf, unter andern auch daraus, daß in dem vorletzten Fall neben dem Loose noch eine Auswahl eines Dritten, auch eines Tempels, zur Hinterlegung, und in dem letzten eine Auswahl nach dem Ermessen der Verdienste des Sklaven ††) zugelassen ist.

VI.

Nebenblicke auf die neuern Gesetzbücher.

Der bisherigen Behandlung gemäß sollte nun noch das, in den neuern Gesetzgebungen über die hier betrach-

---

*) Lehrbuch §. 1680.

**) *C.* VI, 43. *c.* 3. *pr.* (*comm. de legatis.*)

***) X, 2. *fr.* 5. (*fam. herc.*)

†) XL, 5. *fr.* 24. §. 17. (*De fideicomm. libertat.*)

††) *fr.* 24. §. 17. *cit. in f.*: — Aut meritis cujusque allegatis arbitrari eos oportet.

tete Lehre, Enthaltene zur Erwägung aufgestellt werden. Diesmal ist aber die Ausbeute aus denselben äußerst unbedeutend.

Das französische und östreichische Gesetzbuch enthält darüber nicht die kleinste Bestimmung.

Das bairische Landrecht wiederholt, wie gewöhnlich, die, zur Zeit der Abfassung desselben, in der damaligen Praxis eben umlaufenden und häufig angenommenen Regeln, welches bey bloßer Ansicht der folgenden Stellen durch Erinnerung an die vorstehende Erörterung unwidersprechlich einleuchten wird. Die vorzüglichste Stelle lautet folgendermaßen: *) Immaßen dem privilegirten „Theil sich seiner Freyheit gegen einen andern eben„mäßig Befreyten zu gebrauchen nicht gestattet wird," (hier ist die ausgedehnteste und am wenigsten passende Bedeutung der bekannten ehemaligen Hauptregel angenommen) „er habe denn ein älteres oder stärkeres Pri„vilegium für sich, oder suche ceteris paribus seines „Orts nur Verlust und Schaden zu vermeiden, sein „Gegentheil aber einen Gewinn zu erhaschen. — Gene„ral-Statuta derogiren ohne besondern Ausdruck keiner „Freyheit." — Damit stimmt denn noch folgendes **) zusammen: „Gegen einen Minderjährigen oder gleich „Privilegirten greift solche (die Restitutio in integrum)

---

*) Bair. Landr. Th. I. K. 2. §. 16. n. 8. 9.
**) Ebendas. Th. I. K. 7. §. 30. n. 5.

„nur auf den Fall Platz, wenn er bloß de lucro captando streitet.“ — Dann zieht man *) noch aus dem Capitel von dem Inhaben die Stelle **) hieher: „Es ist im Zweifel allzeit melior conditio possidentis.“ Zu neuen Betrachtungen bieten diese bloß beybehaltenen Sätze gar keinen Stoff. Daß aber mancher von den oben berührten Fällen durch sie nicht entschieden werden kann, liegt am Tage.

Indessen hat es in dieser Lehre auch mit dem preußischen Gesetzbuch, welches sonst gewöhnlich eigne Wege sucht, fast völlig dieselbe Bewandniß. Es enthält nichts als folgende, meistens schon bekannte, jedoch im allgemeinen hinlänglich deutlich ausgedrückte, Vorschriften: ***) „Wenn das Recht des Einen der Ausübung des Rechts „des Andern entgegen steht; so muß das mindere Recht „dem stärkern weichen. — In Ermangelung besonderer „gesetzlicher Vorschriften muß der, welcher durch Aus„übung seines Rechts einen Vortheil sucht, dem nach„stehen, der nur einen Schaden abzuwenden bedacht „ist. — Sind die in Collision kommenden Rechte von „gleicher Beschaffenheit, so muß jeder der Berechtigten

---

*) S. Krüll Handb. des kön. bair. Rechts, Th. I. §. 17. Die beiden, sonst noch dort angeführten, Stellen enthalten, wie in dieser Schrift nicht selten vorkömmt, gar nichts eigentlich hieher Gehöriges.

**) Bair. Landr. Th. II. K. 5. §. 8. n. 3.

***) Allgem. preuß. Landr. Einleit. §. 102 — 105.

„von dem seinen so viel nachgeben, als erforderlich ist, „damit die Ausübung beider zugleich bestehen könne. — „Bis zur erfolgenden richterlichen Bestimmung des ent„standenen Collisionsfalles muß die Sache in dem Stande „bleiben, in welchem sie bis dahin gewesen ist.“ Die beiden ersten Sätze sind bekannt; der dritte ist statt der sonstigen Hauptregel angenommen, und wird in manchen Fällen heilsam anzuwenden seyn. Nur ist einmal dabey dem Ermessen des Richters wohl ein etwas weiter Spielraum eingeräumt; und dann sind doch Fälle unvermeidlich, wo dies gegenseitige Nachgeben nicht ausführbar seyn wird. — Ueberdies könnte man auch noch andre Fälle auffinden, welche schwerlich durch diese wenigen Regeln zu erledigen sind, da ohnehin der vierte Satz bloß eine interimistische Bestimmung bis zu der, nach den frühern Regeln zu fassenden, richterlichen Entscheidung angiebt.

VIII.

Einige Bemerkungen über die römische Lehre von der Emphyteuse und deren heutige Anwendbarkeit.

Zur Erläuterung der §. 272. bis 276. des Lehrbuchs.

I.

Allgemeiner Gesichtspunkt für die ganze Lehre.

(vergl. Lehrbuch §. 272. — 275.)

Das Institut der Emphyteuse ist, wie hinlänglich bekannt, weder dem Namen, noch der spätern eigenthümlichen Ausbildung nach, ein altes römisches Institut; sondern es kam erst unter den christlichen Kaisern in seine neuere Gestalt, und ward in solcher gewissermaßen bloß an ein früheres Verhältniß angeschlossen. Man ist darüber entschieden einig, daß die Benennung in den bessern Zeiten der vollkommnern Blüthe des Rechts unbekannt war, und daß der, in den Pandekten sich findende, Name der Emphyteuse, wo er bloß als gleichbedeutendes Wort dem Ausdruck ager vectigalis an die Seite gestellt worden, *) wohl nichts anders als ein Emblem Tribonians seyn könne; wie auch darüber, daß eine Hauptveränderung in der Lehre der Emphytense durch den Kaiser Zeno

*) II, 8. *fr.* 15. §. 1. (*qui satisd. cog.*): — qui vectigalem, *id est*, *emphyteuticum* agrum possidet. — VI, 3. rubrica: Si ager vectigalis, *id est emphyteuticarius*, petatur.

bewirkt worden, *) welches letzte überdem ganz ausdrücklich in den Institutionen **) bemerkt ist.

---

*) *C.* VI, 66. *c.* 1. (*De jure emphyteutico*): Imp. *Zeno* A. Sebastiano P. P. —: Jus emphyteuticarium, neque conductionis, neque alienationis titulis esse adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum: conceptionem item definitionem habere propriam et justum esse validumque *contractum*, *in quo cuncta*, quae inter utrasque contrahentium partes *super omnibus* vel etiam fortuitis *casibus*, pactionibus, scriptura interveniente habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut *si* interdum ea quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem *tanta* emerserit *clades*, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, faciat interitum: hoc *non emphyteuticario*, *cui nihil reliquum permansit*, *sed rei Domino*, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur. Sin vero *particulare*, vel aliud *leve* contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia: hoc *emphyteuticarius* suis partibus non dubitet adscribendum.

**) *Inst.* III, 24. (25.) §. 3. (De locatione et conductione): Adeo autem aliquam familiaritatem inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis *quaeri soleat*, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de praediis, *quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur*, id est, ut, quamdiu pensio, sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoquo modo alienaverit, auferre liceat. Sed *talis contractus* quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam

Die alten agri vectigales hatten nun freylich besonders bey Stadtgütern statt; und der von ihnen überschriebene Pandektentitel redet durchaus bloß von solchen Stadtgütern. Dieser Titel besteht wieder in einem einzigen Bruchstück aus Pauli libro XXI. ad Edictum, in welches man aus Ulpiani libro XVII. ad Sabinum nur fünf Worte eingeschoben findet. Jenes Bruchstück fängt an: Agri civitatium alii vectigales vocantur, alii non; ohne daß nachher im geringsten ein, zu ihnen nicht zu rechnender, Berechtigter angedeutet wäre. Freylich ist auch wohl der Güter von Tempeln in andern Titeln gedacht; aber besonders wird außerdem auf Staatsgüter hingewiesen; es bedeutet auch vectigal an sich schon eine Abgabe an den Staat, und dies Wort erhielt nur nachher eine ausgebreitetere Anwendung.

Gerade hierdurch aber drängt sich nun die Erinnerung an die so höchst einflußreiche Entdeckung um desto stärker auf, wie an den Gütern des römischen Staats in früheren Zeiten gar kein Eigenthum statt hatte, wel-

---

venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae *emphyteuseos contractus propriam* statuit *naturam*, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire: quo jure utimur.

cher ihr vollständig aufklärendes Licht unstreitig erst durch die, besonders auch für das alte römische Recht so höchst wohlthätigen, Untersuchungen Niebuhrs verliehen worden ist. Was für ein Recht nun auch immer den Privatbenutzern solcher öffentlichen Grundstücke zustand, man mag auf diejenigen achten, welche sie unabhängig von andern Privatleuten, oder nur wieder als Vergünstigung von solchen inne hatten; ein Eigenthum war keinem von diesen zu Theil geworden; und selbst dem Staat legte man schwerlich ein eigentliches Eigenthum ursprünglich bey, da man ihn nicht mit Privatleuten in gleichen Rechtsverhältnissen dachte. Auf ganz ähnliche Weise behandelte man die Grundstücke der Städte in Italien, denen ohnehin, als alten Bundsgenossen der Römer, mit dem römischen Gemeinwesen fast gleichförmige Berechtigungen, (wenn auch nicht völlig mit denselben Benennungen, wie sie das alte Civilrecht kannte,) beygelegt wurden, und später behandelte man in ähnlichen Verhältnissen gleichfalls die Grundstücke mancher andern Städte in Sicilien und allmählig auch in mehrern Provinzen, sobald ihnen vielleicht das Recht von Latium oder auch nur von Italien zugetheilt war. Ihre Einkünfte von den öffentlichen Grundstücken wurden gleichfalls vectigal genannt, eben so wie die Ertragssteuer, welche von den eigentlich römischen agris publicis erhoben ward.

War nun gleich am Ende des ersten Jahrhunderts nach Christi Geburt das Rückforderungsrecht der, dem

römischen Staat zugehörigen, Ländereyen gänzlich aufgehoben, so blieb doch die Abgabe; und noch weniger änderte sich durch bestimmte Vorgänge etwas Entscheidendes an den Grundstücken der Städte.

Auf jeden Fall waren aber diese, wie jene Ländereyen, ihren Benutzern entweder auf immer oder doch auf unbestimmte Zeit und mit fast völliger Freyheit der Verfügung überlassen, unter der einzigen Voraussetzung, daß die Abgabe, in den Pandekten *) vectigal, in den Institutionen **) pensio und reditus benannt, gezahlt werde. Bey solchen, dem Eigenthum sehr nahe kommenden, und doch nicht mit dessen Namen zu belegenden, Befugnissen ist es denn wohl sehr leicht erklärlich, wie man in jenen frühern Jahrhunderten ungewiß seyn konnte, ob eine Ueberlassung mit diesen Folgen als Kauf oder als Miethe anzusehen sey. Dennoch war die darüber gefaßte Meinung vorzüglich darum von Wichtigkeit, weil jede von den beiden genannten andre rechtliche Wirkungen erzeugte, und zwar besonders, in soweit ein Zufall an dem Grund-

---

*) VI, 3. *fr.* 1. *pr.* (*Si ager vectigalis*): (Agri) vectigales vocantur, qui *in perpetuum* locantur, id est, ut tamdiu *vectigal* pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferre eos liceat. — *fr.* 2: ita tamen, si vectigal solvant. — *fr.* 3: Idem est si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum est.

**) *Inst.* III, 24. (25.) §. 3. supra cit.

stück einen Schaden durch Verringerung oder gänzlichen Untergang hervorbrachte.

Diese letzte Streitigkeit ist es nun aber auch allein, welche der Kaiser Zeno in der, zuerst in dieser Abhandlung abgedruckten, Verordnung entscheidet. Wenn auch Anfangs darinn jus emphyteuticarium genannt wird; so ist doch die Art des Rechts durchaus nicht mit einem Worte, das deren Entscheidung enthielte, berührt. Vielmehr heißt es bloß, es sey weder zu der Pacht noch zu der Veräußerung zu zählen; es habe seinen eignen Begriff, und sey ein drittes abgesondertes Recht, ein für sich gültiger Contract, auch in Rücksicht aller niedergeschriebenen Bestimmungen wegen des Zufalls; und es solle bloß in dem Fall, da solche Verabredungen fehlen, zwischen dem Emphyteuticario, dem bey gänzlichem Untergange der, zur Emphyteuse gegebenen, Sache nichts übrig bliebe, und dem Eigenthümer der Sache, die Größe des Schadens den Entscheidungspunkt hergeben. *) Davon, daß Zeno, außer dem Contract und dessen Folgen, über das, durch solchen erworbene, Recht das Geringste habe entscheiden wollen, zeigt sich in dieser Verordnung nicht die entfernteste Spur, er setzt vielmehr ein bestimmtes Recht voraus. Diese Ansicht wird durch Nebenumstände und Parallelstellen noch weit mehr über jeden Zweifel erhoben. In den Pandekten steht der Titel si ager vectigalis, id est emphyteutica-

---

*) S. das Ausführlichere im Lehrbuch §. 275. not. c.

rius, petatur, gleich nach den Titeln de rei vindicatione und de publiciana in rem actione; und dies zwar aus dem Grunde, weil die Hauptabsicht des Bruchstücks, das ihn eigentlich allein ausfüllt, bloß darauf geht, zu zeigen, dem Besitzer des agri vectigalis stehe eine, jenen Klagen aus dem Eigenthum nahe kommende, actio in rem zu. *) Hätte nnn der Codex auf diese oder ähnliche Rechte der Emphyteuse seine ungedeuteten Verordnungen beziehen sollen; so wäre der Platz des Titels, da der Codex in dieser Reihe von Büchern, vom vierzehenten Titel des ersten Buchs bis in die zweyte Hälfte des zehnten, die Folge der Pandekten auch beybehält, nach dem zwey und dreyßigsten Titel des dritten Buchs gewesen. Nunmehr findet sich aber der Titel de jure emphyteutico, der die Verordnung von Zeno enthält, am Ende des vierten Buchs, und entspricht der Pandektenordnung, in Vergleichung mit den vorstehenden und nachfolgenden Titeln, so, daß er mit dem am Ende des neunzehenten Buchs der Pandekten zusammenfällt, wo vorher die Lehren von dem Kauf und der Pacht vorkommen, und daß er so auf das entschiedenste zu den Contracten gereiht ist.

---

*) VI, 3. *fr.* 1. §. 1. (Si ager vectigalis): Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.

Noch ausdrücklicher spricht sich darüber ferner der, mehrmals bereits angeführte, Institutionen-Paragraph aus; und diesem müssen diejenigen ein desto größeres Gewicht einräumen, die sich von der so oft hervortretenden Absicht der Institutionen überzeugt haben, daß sie häufig die Anleitung geben sollten, wie die Bestimmungen der Pandekten und des Codex zu verstehen, zu würdigen und mitunter zu vereinbaren seyen. Hier nun ist diese Absicht und die Beziehung auf die Zenoische Verordnung auf das allerklärste in den Worten des Paragraphen selbst angegeben. Im Titel von der Pacht ist als Nebenbemerkung beygebracht, daß wegen der nahen Verwandschaft zwischen Kauf und Pacht die Frage bey einigen Rechtsgeschäften gewöhnlich sey, ob sie Kauf oder Pacht seyen, so wie bey den, zum immerwährenden Fruchtgenuß übergebenen, Gütern. Ueber solche Contracte sey unter den Alten gezweifelt worden; die Zenonische Verordnung aber habe für den Contract der Emphyteuse eine eigenthümliche Natur bestimmt. Hierauf folgt dann die Wiederholung der gedachten Vorschriften, mit der Bemerkung, daß dasselbe noch zu Justinians Zeiten galt.

Dies waren denn die Hauptbestimmungen in dieser Lehre bis auf Justinian, dessen Recht, auch wenn es rein willkührliche Vorschriften enthält, wir als gemeines Recht anzuerkennen haben, falls nicht andre Umstände seiner Anwendbarkeit entgegen stehen. Eben darum ist denn nun auch die reine Ausmittlung von dem, was er eigentlich

wollte oder vielleicht was seine Räthe ihn wollen ließen, von so hoher Wichtigkeit. Alle bisher nach einander aufgezählte geschichtliche Veränderungen und gesetzliche Erklärungen sollen nun vorzüglich die Ursachen der schwankenden Bestimmungen erläutern, die sich in unsern Rechtssammlungen über diesen Gegenstand vorfinden. Sie bereiten zugleich auf solche vor, die sich in eben denselben Sammlungen finden, aber noch nicht hervorgehoben sind. Sie machen endlich auch den sonderbaren Vorgang begreiflich, daß nach der Wiederbelebung des römischen Rechtsstudiums eine ganz neue Theorie über die Emphyteuse sich Eingang verschafft hat, obgleich das römische Recht von mehrerern, bey dieser vorkommenden, Bestimmungen auch nicht das geringste weiß; und ein paar Punkte aus dieser Theorie des Mittelalters, auf welche anerkanntermaßen das sich gleichzeitig ausbildende Lehnrecht einen Nebeneinfluß äußerte, sollten eigentlich hier beleuchtet, und dann daraus Schlüsse, auf das, für unsre Zeiten allein statthafte, Verhältniß der römischen Theorie zur heutigen Anwendung gezogen werden.

Einer solchen Untersuchung wird aber in der gegenwärtigen Sammlung aus dem Grunde alsdann um desto mehr ein Platz gebühren, wann sich daraus ergeben sollte, daß diese Lehre zuförderst nicht zu der Classe derjenigen gehören könne, die dem römischen Recht seinen eigenthümlichen Glanz geben, und es zum Musterbild jedes wahrhaft anpassenden und ausgebildeten Rechts

erheben. Einer solchen Ehre kann aber jene Lehre nicht theilhaftig seyn, da sie nicht aus der Natur des Verhältnisses herausgeht, sondern schlechthin, als willkührlich festgesetzt, anzuerkennen ist.

Eben diese verneinende und abweisende Ansicht der Lehre fordert aber zweytens auch darum hier ihren Platz, weil sich vielleicht dem unbefangenen Beurtheiler an ihrem Beyspiel vorzüglich darlegen möchte, wie solche willkührlich bestimmte, und gerade deshalb auch am leichtesten willkührlich zu ändernde, Verhältnisse nur eine geringe und schwierige, oder wohl gar keine Anwendung in unsern Zeiten zulassen.

II.

Gehört die lex meliorationis zu den Erfordernissen der römischen Emphyteuse?

(vergl. Lehrbuch §. 272. und 275. Anm.)

Eine eigene Aufmerksamkeit fordert sogleich die gewöhnliche Bestimmnng der Emphyteuse fast in allen neueren Lehrbüchern. Das Charakteristische des gedachten Rechts soll in der, dem Inhaber aufgelegten, doppelten Bedingung der Verbesserung des Guts und einer jährlichen Abgabe (lex meliorationis et annui canonis) bestehen. Dies letzte ist nicht zu bestreiten und darum auch von mir in die Bestimmung selbst aufgenommen; dagegen ist die erste Bedingung weggelassen. In den Gesetzen war

nichts zu finden, woraus sie abzuleiten sey; und es mußte sich um so leichter der Gedanke empfehlen, man habe im Mittelalter, um die Emphyteuse dem, schon sonst als Muster dabey angewandten, Lehnrecht noch ähnlicher zu machen, die, bey dieser vorkommende, legem mutuae fidelitatis durch eine andere legem ersetzen wollen; und dafür habe man in den dabey vorkommenden Erwähnungen über Melioration etwas aufgespürt.

Gleichwohl berechtigen alle dafür angeführte Rechtsstellen zu keiner Annahme dieser Art. Man erwäge sie nur nach einander. Der einen Verordnung Justinians im Codex, in welcher das emphyteutische Gut selbst melioratio heißt, *) wird man kaum ein Gewicht beylegen können, da ein solcher Name eher von der Vergangenheit, als von einer pflichtmäßig zu erwirkenden Verbesserung verstanden werden muß. Die Mäßigung, die man in der Auslegung vorwalten läßt, kann auch nichts ändern. Freylich setzt man zwar voraus, daß Verbesserung eigentlich Erhöhung des Werths oder Preißes sey; man beschränkt es aber unbedenklich so, daß dies nur so weit zu verstehen sey, als es in den Kräften des Emphyteuten stehe; und erklärt es sowohl für hinlänglich befriedigend, wenn der Emphyteuta das Gut nur fortwährend cultivire.

---

*) *C.* IV, 66. *fr.* 3. (De jure emph.)

Wie indessen auch diese Bedingung durch Auslegung beschränkt werde; sie kann doch immer bloß alsdann für gültig erklärt werden, wann sie in den, bey willkührlichen römischen Bestimmungen allein entscheidenden, römischen Gesetzen vorgeschrieben wäre. Nun ist aber von einer Vorschrift dieser Art, in welchem Sinne man sie auch verstehen mag, schlechthin nichts aufzufinden.

Ein paar Novellen *) sprechen bloß bey den kirchlichen Emphyteusen von der Pflicht, das Grundstück nicht zu verschlechtern. Allein abgerechnet, daß dies erst in den Novellen vorkömmt, und sonst gar nicht genannt ist;

---

*) *Nov.* 7. *c.* 3. §. 2: Sed si quidem deterius fecerit praedium aut suburbanum aut domum, qui emphyteusim perceperit: cogi eum de suo diligentiam ac restitutionem prisci status facere. — *Nov.* 120. *c.* 8: Si vero quis aut locator aut emphyteuta alicujus rei competentis aut sanctissimae majori ecclesiae, aut alteri venerabili domui in quolibet loco nostro reipublicae constitutae, aut *deteriorem* faciat rem, quam quidem aut accepit, aut post hoc acceperit, (nach Hombergk's Uebersetzung: accipiet,) aut per biennium non intulerit quod ab eo promissum est emphyteuticum, aut locationis canonem: damus licentiam venerabili domui ex qua locatio aut emphyteusis facta est, *et* quae debentur solum pro praecedente tempore, *et antiquum statum* locatae sive *emphyteuticae rei* exigere, *et ejicere* de emphyteusi, sive de locatione, non valentem de emponematis actionem aliquem contra venerabiles domos movere. — Beide Novellen sprechen in ihrem ganzen Zusammenhange überhaupt von der Veräußerung kirchlicher Güter, und unter diesen auch in den angeführten Kapiteln von der Emphyteuse; selbst aber neben dieser in der letzten Stelle auch von der Verpachtung.

so ist schon die Pflicht, nicht zu verschlechtern, noch keine Pflicht zu verbessern. Was aber noch bedeutender ist, sogar diese Bestimmung kommt bloß in Ansehung der kirchlichen Emphyteuse vor, und selbst sie ist darum nicht in den allgemeinen Begriff der Römer von der Emphyteuse aufzunehmen. Endlich ist sogar in den gedachten Novellen nur, genau genommen, von einem für die Verschlechterung zu leistenden Ersatz die Rede, oder in der zweyten ebenfalls von Beraubung des Guts zur Strafe.

Die einzige noch übrige Stelle des Codex, welche man in Beziehung nehmen kann *), verordnet auf das höchste bloß, daß man die gesetzmäßige Zurückfoderung des emphyteutischen Guts wegen nicht erfüllter Verpflichtung nicht durch Berufung auf Verbesserungen abwenden, oder allenfalls, daß man deren Ersatz nicht verlangen könne. Ist nun diese Berufung und Forderung sogar dann abgeschnitten, wann man das Gut verlieret; so ist sie allerdings sicher noch viel weniger zugelassen, wann das Gut dem Emphyteuten bleibt. Aber immer ist dadurch nicht abgesprochen, daß diese Verbesserungen bloß freywillig seyn können. Wenigstens müßte doch auch hier

*) *C.* IV, 66. *c.* 2. (*De jure emphyteutico*): — Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit: volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere, *nulla* ei in posterum *allegatione nomine meliorationis*, vel eorum, qui emponemata dicuntur, vel poena opponenda.

die Bestimmung, sie wären vorgeschrieben, erst hineingetragen werden. Es ließe sich sogar nach dem Verfolge der einen oben angeführten Novellenstelle beynahe eher, wenn auch nicht mit vollständiger Zuverläßigkeit, annehmen: der Emphyteuta fordre alsdann die Verbesserungen zurück, wann das Gut nach der im Contracte bestimmten Zeit verloren geht. Wenigstens ist eine Verpflichtung zu Verbesserungen auch aus diesen Worten offenbar nicht zu schließen. *)

Daß nun, obwohl in den Gesetzen nichts unterstützendes zu finden ist, fast alle Neuern diese Pflicht der Verbesserung, wenn gleich mit verschiedenen Bestimmungen über die Art der Verbesserung, erfodern; ist bekannt, und erhellt zum Ueberfluß aus den, im Lehrbuch angeführten, Schriftstellern.

---

*) Nov. 120. c. 8: — Si vero noluerint praedicti ordinatores expellere, exigi quidem eum praecipimus, quae pro locatione sive emphyteusi debere cognoscitur: usque *ad definitum* vero *tempus* completum sibi datam rem tenere eum et quae placita sunt dare. *Si* vero *refugiat*, licentiam praebemus praepositis eorundem venerabilium locorum, *indemnitatem* venerabilibus domibus de ejusdem rebus fieri, non valente *neque hic* (*entautha*, *tum*) de emponematis aliquid praetendere.

III.

Welches Recht steht eigentlich dem Emphyteuten an dem Gegenstande der Emphyteuse zu?

(vergl. Lehrbuch §. 276.)

Daß man verschiedene abweichende Behauptungen über das Recht des Emphyteuten am Gegenstande der Emphyteuse in ältern und neuern Zeiten vorgebracht habe, ist bekannt. Die neuesten Aeußerungen darüber hat Thibaut *) unlängst wieder zusammengestellt, um seine Ansicht, das Recht des Emphyteuten sey keine Art von Eigenthum, sondern nichts weiter als ein dingliches Recht an einer fremden Sache, vollständiger gegen die Abweichungen andrer zu vertheidigen. Alle berührten Meynungen, und auch die von Thibaut, haben in der Hauptsache immer das Streben, nur eine einzige Art von Recht als zulässig für den Emphyteuten aufzustellen. In dem schon 1808 vollendeten und verbreiteten ersten Theil meines Pandektenlehrbuchs ist im angeführten Paragraphen ein andrer Weg eingeschlagen worden, um jene Frage zu lösen: dies ist ist indessen auch in jener erst ganz neuerlich erschienenen Abhandlung unbeachtet, wenigstens unbemerkt und ungewürdigt, geblieben. Dennoch scheinen mir die durch das römische Rechtsbuch verbreiteten Stellen

*) S. dessen civilistische Abhandlungen. Heidelb. 1814. 8. Abh. XI. S. 266—284.

so deutlich dafür zu sprechen, daß eine weitläuftigere und deutlicher ausgesprochne Entwickelung wohl nicht verwerflich erfunden werden dürfte. Sie sey darum versucht; aber auch in ihr mag die Sache selbst das Wort für sich nehmen, und die Widerlegung fremder Behauptungen sey, so viel nur Umgang davon zu nehmen ist, vermieden.

Die Hauptansicht, die in dem erwähnten Paragraphen aufgestellt worden, geht nun dahin: Es gebe kein bestimmtes, für die Emphyteuten zu behauptendes, Recht nach dem römischen Rechtsbuch; sondern es seyen ihnen an verschiedenen Stellen verschiedene Rechte beygelegt. Für diese, unter sich abweichenden, Ansichten möchten nun folgenden Stellen unwiderleglich sprechen:

I. Ein geringeres Recht als Eigenthum setzen alle Aeußerungen in den Pandekten voraus. Der ganze Haupttitel in denselben, der hieher gehört, spricht, nach den oben abgedruckten Stellen, bloß von einer Pacht auf immerwährende Zeiten, oder auf eine bestimmte, noch nicht abgelaufene Zeit, und sagt ganz entschieden, sie würden nicht Eigenthümer. Eben so deutlich spricht eine andere Stelle, *) in welcher das Recht, welches man

---

*) XXX, *fr.* 71. §. 5. (de legatis I.): Si *fundus* municipum *vectigalis* ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus? Et Julianus — scribit, *quamvis fundus vectigalis municipum sit*, attamen, quia *aliquid jus in eo* is, qui legavit, habet, valere legatum. §. 6: Sed et si non municipibus, sed alii fundum

an emphyteutischen Gütern hat, der Proprietät gerade entgegengestellt ist; und nur unter derselben Voraussetzung läßt sich eine Pandektenstelle *) vollständig erklären. In ganz gleichem Sinne nennt die früher citirte Institutionenstelle und die, ebenfalls angegebene, Verordnung Zenos einen andern als den Emphyteuten Eigenthümer.

Dagegen liegt nun

II. in einem andern Titel des Codex **) häufig die Vorstellung zum Grunde: die Emphyteuten seyen wahre Eigenthümer. In der ersten, dort angeführten, von Constantin herrührenden, Verordnung ***) wird geradezu und unbeschränkt das Recht der Verschenkung zugestanden, wenn nur die Ansprüche des Fiscus unangetastet bleiben. Sollte sich indessen dies auch noch unter andern Voraussetzungen erklären lassen, wie denn die zweyte Verordnung in dem Titel auch von Constan-

---

vectigalem legaverit, non videri *proprietatem rei* legatam, sed id jus, quod *in vectigalibus fundis* habemus.

*) XXVII, 9. 3. §. 4. (*de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis*): Si jus *emphyteuticon* vel *embateuticon* habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis *jus praedii potius* sit.

**) *C.* XI, 61. *c.* (*De fundis patrimonialibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum* conductoribus).

***) Si quis *fundos emphyteutici juris* salva *lege fisci* citra judicis auctoritatem donaverit, donationes firmae sint, dummodo suis quibusque temporibus ea, quae fisco pensitanda sunt, repraesentare cogatur.

tin I. noch ein dominium der zum Kanon Berechtigten nennt; so nennt doch nicht bloß schon die, von Valens, Gratian und Valentinian herrührende, vierte Verordnung die Uebergabe von emphyteutischen Gütern zu Eigenthumsrecht; *) sondern vor allem ist völlig entscheidend die zwölfte Verordnung von Theodosius II. und Valentinian III. **)

In dieser Verordnung wird nun ungezweifelt von der Voraussetzung ausgegangen: es können an den emphyteutischen Grundstücken mehrere Arten von Rechten statt haben; daher käme es denn stets auf das Recht gerade an, das ein jeder hätte oder besäße. Dieses Recht solle ihm unangetastet und unverkümmert bleiben. Doch könne ein solches Recht auch sogar wirkliches Eigenthum

---

*) — Neque enim magis commodamus nostra, quam *tradimus* ea *jure dominii.*

**) *C.* tit. cit. *c.* 12: Possessores vel emphyteuticarii patrimoniales, qui fundos minime nunc usque comparaverunt, eodem largitatis modo nequaquam ad eorum comparationem urgeantur: sed tanquam pretiis depensis, sic eis nostri numinis beneficio potiantur: ut *quod juris* alter inferendo pretium consecutus est, hoc nostra liberalitate praedictus emphyteuticarius habeat. *Illud* quoque *jus*, in quibus coluit praediis, *quod* aut ex successione, aut ex comparatione privata, aut nostri numinis liberalitate, aut quocunque modo possedit, sciat illibatum intemeratumque servari: licentia eis concedenda etiam *libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum sint domini, praestare.*

seyn, und alsdann, wann ihnen dieses zustände, könnten sie auch die Sklaven auf diesen Gründen freylassen.

Die eben gedachte Verordnung wird noch um desto entscheidender, da eine andre von Valens, Gratian und Valentinian *), — also von denselben Kaisern, welche in der früher genannten vierten Verordnung ausdrücklich sagen, sie übertrügen solche Grundstücke nach Eigenthumsrecht, — eben so deutlich für diejenigen, welche nicht Eigenthümer sind, das Recht freyzulassen ableugnet. Es ist dies um so merkwürdiger, da, wie die in beiden Stellen gesperrt gedruckten Worte zeigen, die erste ganz genau dieselben Ausdrücke in ihrer Folge beybehalten hat, wie sie in der letzten frühern für diesen Fall gebraucht waren, so daß nun desto bestimmter bey einem Recht gestattet seyn sollte, was bey dem geringern Recht abgeleugnet war.

Es giebt aber noch mehrerer Verordnungen, die des Eigenthums bey diesen Gütern auf das entscheidendste gedenken. So ist noch eine der deutlichsten die von Anastasius herrührende in demselben vorerwähnten Haupttitel, **)

---

*) *C.* XI, 62. *c.* 2. (*de mancipiis et colonis patrimonialium, saltuensium et emphyteuticorum fundorum*): *Libertates*, quae *mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticis*, *qui fundorum non sint domini*, *praestiterint*, rationales hujus praecepti auctoritate rescindant.

*) *C.* XI, 61. *c.* 14. (*de fundis patrimonialibus*): Jubemus omnes, qui in quacunque dioecesi, aut quacunque provincia, vel quolibet saltu (vel civitate) fundos patri-

worin bestimmt erklärt ist, nach einem vierzigjährigen Besitz sey von den Besitzern keine Klage oder sonstige Beunruhigung wegen des Eigenthums zu befürchten.

Auf gleiche Weise legt noch eine Verordnung Valentinians III. *) ganz ausdrücklich ein Eigenthum an -

---

moniales vel *templorum*, aut agonothetici, seu relevatorum jugorum, vel cujuscunque juris per quadraginta jugiter annos — — ex quocunque titulo vel etiam sine titulo hactenus possederunt, vel postea per memoratum quadraginta annorum spatium possederint, nullam penitus super *dominio* memoratorum omnium fundorum, vel locorum, vel domorum a publico actionem, vel molestiam, aut aliquam inquietudinem formidare, sed impositum canonem etc.

*) *C.* XI, 69. *c.* 5. (*de diversis praediis urbanis et rusticis templorum et civitatum et omni reditu civili*): Si, qui ex titulo donationis, vel emtionis, vel ex alio quolibet titulo possessiones, vel domus, vel ergasteria juris dumtaxat *civilis*, quae hujus juris esse vere probantur, cujuslibet *civitatis*, et praecipue hujus aeternae urbis, cui majorem debemus favorem, tam *civilis*, ut dictum est, juris, quam etiam *agonotheticas* possessiones, a consulatu Ausonii et Olibrii, dempto *civili canone* acceperunt: eos impositum eis *canonem* juxta fidem publicorum monumentorum *civitatis*, *ad quam* eaedem res pertinuerint, praebere jubemus. Nam si privati juris debita non patimur denegari, multo magis praebenda sunt *civitatibus*, quae jure debentur: cum sufficiat possessoribus, quod apud eos *dominium* in perpetuum ex nostra liberalitate permaneat. Si quae tamen possessiones juris *civilis canonem* privatis largitionibus in praesenti praebent, vel nunquam ademptum vel postea impositum: ad hanc jussionem non pertinebunt, sed *privato aerario canonem*, quem nunc agnoscunt, inferre ex more debebunt, *dominii*

solchen Gütern den Emphyteuten bey. Denn daß auch in dieser Verordnug von Emphyteusen die Rede sey, leidet wohl nicht den geringsten Zweifel, da unaufhörlich sich das meiste um den davon zu entrichtenden, für diese eigentlich gehörigen, Canon dreht.

So geht es denn wohl auf das deutlichste hervor, daß eben so gut mehrere Stellen im Justinianeischen Rechtsbuch den Emphyteuten das Eigenthum ausgesprochen beylegen, als es andre ihnen absprechen. Aber nicht bloß der ganze Zusammenhang und die Vergleichung dieser Stellen, sondern auch die ausdrücklichsten Erklärungen ergeben es, daß keins von beiden ausschließend gelten soll, sondern daß ihnen verschiedene geringere und größere Rechte zukommen können, und unter den letzten selbst das Eigenthum, ohne daß deswegen ein einzelnes Recht das ausschließende sey.

Es ist auch nicht wohl abzusehen, was bey so deutlich sprechenden Stellen uns berechtigen sollte, einer Ansicht von diesen mehrern ausschließend das Uebergewicht zu geben. Der Vorwurf, daß die Kaiser oft die Domänen verschleuderten *), kann ihrer gesetzgebenden Gewalt doch nichts entziehen; manches Gesetz könnte allerdings wohl weiser, zweckmäßiger und besser seyn; aber darum

---

firmiter apud eos, successoresque eorum, et detentatores pari modo permanente.

*) Thibaut a. a. O. S. 274.

gilt es doch um nichts weniger, wenn es auch nicht den höchsten Grad der Vollkommenheit hat, falls es nur überhaupt als Gesetz gelten und in Anwendung gebracht werden kann.

Ueberdies ist durchaus nicht allein den Besitzern kaiserlicher Güter ein Eigenthum beygelegt; sondern in den beiden zuletzt aufgeführten Stellen ist, in der ersten zugleich von Tempelgütern, in der zweyten allein von Gütern der Städte die Rede, zu welchen letzten auch die agonothetischen gehörten, von denen die öffentlichen Spiele in den Städten bestritten wurden; *) wie denn auch die letzte in einem Titel steht, der ausschließend von Gütern der Tempel und Städte überschrieben ist, und sowohl in der Ueberschrift als dem Text der Verordnung selbst das Beywort civile bey reditus und bey jus unstreitig allein auf Städte geht.

Auf ein Uebergewicht der Pandekten in der Gesetzgebung über den Codex läßt sich auch kein Werth legen. Sie enthalten sagar Stellen, welche man wohl für das Eigenthum der Emphyteuten aufgeführt hat; und diese sind nur darum oben übergangen, weil sie nicht so ganz entschieden sprechen. Aber mag es mit diesen stehen, wie es wolle; so ist nun solches Uebergewicht der ausdrückli-

*) Vergl. zur letzten Stelle die not. 27. im Göttingischen Corpus juris S. 627. und die daselbst citirten Schriftsteller.

chen Vorschrift Justinians schnurstracks entgegen. Nach den, in der Abhandlung über die Auslegung oben *) citirten, Stellen sind nicht, so oft dies auch gegen Justinians ausdrückliche Vorschriften behauptet werden mag, die Pandekten die Grundlage der gesammten Gesetzgebung dieses Kaisers; sondern diese macht der Codex aus, welchen die Pandekten vervollständigen sollten, wie Justinian so deutlich ausspricht. Was könnte denn nun wohl berechtigen, die Bestimmungen des Codex hintanzusetzen?

Es giebt nun noch bekanntlich über einige Nebenpunkte abweichende Meynungen, vorzüglich über die Fragen: 1) wem der Antheil am Schatz zustehe, 2) ob der Emphyteute dem Grundstück ein Dienstrecht auflegen könne? — Auf beide hat nun die Art des Rechts, welches man dem Emphyteuten beylegt, den entscheidendsten Einfluß. Am meisten indessen auf die erste; denn hier ist die Entscheidung, daß dem Eigenthümer die Hälfte gebühre, ganz offenbar rein willkührlich, und folglich alles von der ebenfalls willkührlichen Bestimmung des, dem Emphyteuten zustehenden, Rechts abhängig. — Die Frage wegen des Dienstrechts möchte etwas mehr von der innern Natur der Verhältnisse abhängen. Daß der, nicht

---

*) Th. I. Abh. II. S. 132 ff.

zum Eigenthum berechtigte, Emphyteute eingeschränkter sey, sobald es auf dauernde, auch nach Aufhebung des jetzigen emphyteutischen Verhältnisses fortwährende, Dienstrechte ankömmt; läßt sich gar nicht bezweifeln. Bey dem Emphyteuten, der Eigenthümer ist, möchte wohl alles davon abhängen, ob die Dienstrechte die unstreitigen Rechte desjenigen schmälern, der zum Kanon berechtigt ist. Diese sind nicht zu mindern; was aber sonst sein Befugniß schmälern könnte, läßt sich nicht absehen.

IV.

Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Jedoch der ganze Streit über solche Fragen ist von einer weit geringern Bedeutung für unsre Anwendung, als man anfangs glauben sollte. Denn überhaupt ist von dieser Lehre, wie sie bey den Römern zu Justinians Zeiten galt, nur ein sehr eingeschränkter Gebrauch zu machen; und zwar nicht bloß darum, weil in Deutschland zwar manche ähnliche Verhältnisse, wie Erbenzinsgüter, aber höchst selten Emphyteusen vorkommen; son-

dern noch eine andre Ursache ist hier von Wichtigkeit für richtige Entscheidung.

Die Emphyteusen sind rein römisch, aber auch das ganze Verhältniß derselben ist eben so rein willkührlich. Eingeführt ist ein solches Verhältniß allerdings an einigen Orten, und dort gilt es auch, wo es eingeführt ist, aber auch nur wie es eingeführt ward. Die Einführung geschah im Mittelalter, vermeyntlich nach dem römischen Recht, und allerdings mit Beybehaltung mancher Bestimmungen daraus; aber darum keinesweges ganz im römischen Lichte. Es hatte sich, wie oben bemerkt, unter dem Einfluß des Vorbildes, welches das Lehnrecht darbot, eine eigne Theorie für die Emphyteuse mit einem ähnlichen getheilten Eigenthum, wie im Lehnrecht, ausgebildet. Nach dieser wurden denn die Emphyteusen des Mittelalters wohl ziemlich alle bestimmt; und bey einer, ihrer eigensten Natur nach so willkührlich bestimmten, Lehre ist denn doch wohl unstreitig nur das, was man im Sinne hatte, zu befolgen, weil man auch eben so gut noch etwas anders hätte bestimmen können. Daher ist in der Hauptsache bey einzelnen Fällen allein auf das zu sehen, was man eigentlich bey der Begründung des Verhältnisses meynte, und hiernach zu entscheiden, wenn es auch dem römischen Recht nicht gemäß wäre; und dies ist nur dann zur Aushülfe zu gebrauchen, wenn man nichts abweichendes im Sinne und zur Absicht hatte, gesetzt auch,

dies letzte wäre durch Irrthum entstanden. Denn nur willkührlich angenommene Meynung in Fällen, wo mehrere möglich sind, und die Natur des Verhältnisses durch sich nichts ausschließt, entscheidet, selbst dann, wann sie irrig wäre.

IX.

Ueber die Lehre des römischen Rechts von den Servituten und deren richtige Ansicht überhaupt.

Erster Abschnitt.

Von allen Dienstrechten und den dinglichen Dienstrechten im Allgemeinen.

(Zur Erläuterung der §. 277. bis 287. des Lehrbuchs.)

Wer nur irgend in den Aeußerungen über das römische Recht und den Bearbeitungen desselben bewandert ist; kennt unstreitig zur Genüge die Vorwürfe, welche die Lehre desselben von dem Dienstrechte, wegen ihrer angeblichen Subtilitäten und Willkührlichkeiten, so lange und so vielfältig hat erfahren müssen, und eben so auch die Widersprüche, welche man in den davon handelnden Stellen aufgefunden hat. Es sey mir erlaubt, auch hier einfach zu erklären, daß ich, nach genauer Erwägung der darüber vorliegenden Bestimmungen in ihrer gesammten Verbindung, beynahe nichts von allen diesen Vorwürfen und Widersprüchen anzuerkennen im Stande bin, wohl aber mannichfaltige Anlässe zur Bewunderung der hohen Natürlichkeit der Ansichten und der unubertrefflichen Einfachheit in Beurtheilung des menschlichen Verkehrs und der freyen Bestrebungen eines jeden einzelnen erhalten habe. Einige Hauptgründe für diese Beurtheilung mögen denn hier nach dem Gange des Lehrbuchs vorgelegt werden.

I.

Begriff eines Dienstrechts.

(vergl. Lehrbuch §. 277.)

Da ich aber dabey dem Verfahren gern ohne allen Verstoß dagegen treu bleiben möchte, nichts hinlänglich bekanntes von neuem vorzutragen; so soll bey dem Begriff von Dienstrechten ausschließend nur auf eine von mir gewählte Bestimmung mit ein paar Worten die Aufmerksamkeit hingeleitet werden.

Daß nemlich jedes Dienstrecht eine fremde, einem andern eigenthümlich zustehende, Sache zum Gegenstande habe; daß es ein dingliches Recht sey, daß der Zweck des Rechts auf einen, von der fremden Sache zu ziehenden, Nutzen gehe; daß dabey die Rechte des andern an der fremden Sache eingeschränkt seyen, sind allbekannte Bestimmungen. Bloß der Ausdruck, daß die Einschränkung die Rechte des Eigenthümers betreffe, ist absichtlich doppeldeutig gefaßt, damit über den Streit, was alles zu Dienstrechten zu zählen sey, nicht durch die Fassung der versuchten Definition schon im voraus abgesprochen werde.

Es liegt nemlich allerdings bey diesem Ausdruck eine doppelte mögliche Bedeutung zum Grunde.

Einmal können die eingeschränkten Rechte dem Eigenthümer zustehen, bloß in sofern er Eigenthümer ist. Begreiflich fallen sie in dieser Beziehung gänzlich mit

den Rechten zusammen, welche im Eigenthum selbst enthalten sind; von Rechten, welche der Eigenthümer sonst besitzen möchte, ist keine Rede. Es kann keinem Streit noch Zweifel unterworfen seyn, daß dies die einzige Bedeutung sey, in welcher die Römer dieses Wort nehmen.

Gleichwohl ist durch diese römische Ansicht allein jeder Erweiterung der Bedeutung der Weg noch nicht nothwendig versperrt; es bedarf immer einer neuern besondern Untersuchung der Frage, ob die römische Theorie der Dienstrechte auf kein andres Verhältniß anzuwenden sey? und sodann ferner, ob nicht etwa wenigstens zwar ein Theil der Lehrsätze darüber den römischbestimmten Rechten dieser Art allein bleiben müsse, ein andrer Theil dagegen wohl eine ausgedehntere Uebertragung zuließe? Um diese Untersuchungen nicht voreilig zu erschweren, ist nun der Ausdruck: Rechte des Eigenthümers, gewählt. Er läßt außer der schon erwähnten Bedeutung: Rechte des Eigenthümers als Eigenthümer, noch die zweyte zu: Rechte des Eigenthümers, die ihm aber nicht gerade als Eigenthümer zustehen, sondern welche er neben dem Eigenthum in Ansehung seiner Person oder seines übrigen Vermögens haben kann. Bey dieser sind denn Einschränkungen derselben möglich, so daß er Handlungen vornehmen muß, zu denen er ohne jene Einschränkungen nicht verpflichtet war, sondern worüber er freye unabhängige Verfügung haben würde; oder daß er Vermögenstheile oder

Einkünfte an andre zu geben hat, mit denen er sonst nach Gefallen und Willkühr schalten könnte. Beides zu leisten, ist er nun freylich nicht verpflichtet, insofern er Eigenthümer ist; allein er muß doch die Verpflichtung neben seinem Eigenthum anerkennen, weil er Eigenthümer ist. Diese letzte Verknüpfung ist nun den sogenannten deutschen, im Thun bestehenden, Dienstbarkeiten mit den römischen Dienstbarkeiten gemein, und insofern wären sie wohl methodisch zusammenzuordnen. Indessen ist damit keineswegs gesagt, daß alles von den römischen Dienstrechten Geltende auch auf die deutschen angewendet werden könnte, indem die letzten das Eigenthum gar nicht unmittelbar angehen. Soviel über diesen methodischen oder höchstens wissenschaftlichen, keineswegs aber unmittelbar auf die Einsicht ins Einzelne und auf die Anwendung wirkenden Punkt.

II.

Erfordernisse eines jeden Dienstrechts: 1) ein rechtliches Interesse des Berechtigten.

Die folgenden Bestimmungen gehen dagegen unmittelbar auf die römischen Ansichten. Es giebt in dem Pandektentitel, der von den Servituten handelt, und bekanntlich sich auf die dinglichen Servituten allein beschränkt, zwey nicht weit von einander entfernte Stellen, zwischen welchen man gewöhnlich einen Widerspruch zu

finden glaubt. Eine Vereinigung derselben durch einen Zusammenhang der Rede oder der Betrachtung läßt sich nicht hoffen, weil die Bruchstücke, unter welchen sie sich finden, sichtbar lauter abgerissene Bemerkungen enthalten, und keine Verbindung unter ihnen beabsichtigt seyn kann.

Die erste dieser Stellen *) sagt: So oft die Dienstrechte weder persönliche noch dingliche sind, aus dem Grunde, weil es die Nachbaren nicht angeht, (weil die Nachbaren kein Interesse dabey haben können); so gelten sie nicht: so z. B. daß du nicht durch dein Landgut gehen, oder darauf stehen bleiben sollest, und darum, wenn du mir auch zugestehest, du wollest kein Recht haben, Gebrauch und Früchte von deinem Gut zu ziehen, ist es doch ohne alle Wirkung. Dies ist anders, als wenn du mir zugestehst, du wollest kein Recht haben, in deinem Landgut nach Wasser zu suchen, um mir das Wasser zu mindern.

---

*) VIII, 1. *fr.* 15. pr. (de servitutib. — aus Pomponii l. 18. ad Sabinum): Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia *nihil vicinorum interest*, non valet (Hal. valent): veluti ne per fundum tuum eas, aut (de Tortis 1502 und Hal. lesen hier noch: ne) ibi consistas: et ideo, si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia.

Die andre *) sagt dagegen: Dem Gut, das jemand verkauft, kann er ein Dienstrecht, auch wenn es nicht nützlich ist (Nutzen bringt), auflegen, wie ich dafür halte; so etwa wenn es auch einem nicht Vortheil brächte, eine Wasserleitung zu haben; so kann nichts destoweniger dieses Dienstrecht aufgelegt werden. Denn wir können manches haben, wenn es uns auch nicht nützlich ist (Nutzen bringt). Thibaut hat noch neuerlich **) nach Aufzählung mehrerer, von andern versuchten, Erklärungen eine eigne Vereinigung dieser Fragmente aufgestellt, daß alle Servituten nichts als Theile des Eigenthums seyen, welche zum Besten des andern aufgegeben, oder aber bey Weggebung des Eigenthums vorbehalten wären. Erworbene Rechte, wie sie auch erworben seyen, könnten nun aber nicht genommen werden, wenn sie auch nichts nütze wären. Daher ließe sich denn alles vorbehal-

---

*) Eod. *fr.* 19. (aus Labeo's libro 4 posteriorum a Javoleno epitomatorum): Ei (de Tortis 1502: *Si*) fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, (de Tortis 1502: imponit,) etsi non utilis sit, posse existimo: veluti si aquam alicui (dedere) ducere non expediret, nihilo minus constitui ea servitus possit: quaedam enim (debere) habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. — Die beiden eingeschlossenen Worte: dedere und debere, die freylich im Florentinischen Manuscript stehen, fehlen nach den Göttinger Noten in vielen Handschriften und Ausgaben; so auch in de Tortis 1502.

**) Ueber das Zurückhalten unnützer Realservituten — in seinen civilistischen Abhandlungen, Abh. 3. S. 37 — 47.

ten. Man könnte schon dabey erinnern, daß im funfzehnten Bruchstück nicht vom Vorbehalt, sondern von einer Ertheilung die Rede sey. Es sey aber lieber versucht, eine Vereinigung dieser beiden Stellen, ganz unabhängig von den bisherigen Bemühungen darüber, herbeyzuführen; und zwar möchte dazu eine sehr wichtige und wahrhaft edle, rechtliche Hauptansicht der musterhaften Römer über das gesammte menschliche Verkehr den wahren Schüssel hergeben; freylich wieder eine davon, welche man in unsern neuern Zeiten, die fast absichtlich in sehr beschränkten Gesichtspunkten still und unverrückt stehen bleiben, ganz vernachläßiget hat.

Jene unübertroffenen Meister in der Beurtheilung rechtlicher Verhältnisse nahmen ihren Standpunkt weit höher als bey weitem die meisten unsrer staatswirthschaftlichen Schriftsteller und fast alle Rechtslehrer neuerer Zeiten. Allerdings sahen sie viel, und oft auf das Nützliche, auf das, was Vortheil und Gewinn bringt, was den Werth oder Preis der Güter erhöht, was also die Gütermasse vermehrt. Freylich hatte mit diesen, als ihren Gegenständen, die größte Masse der verschiedenen Rechte zu schaffen; aber die Gränze der Rechte überhaupt ward von ihnen hierauf nicht beschränkt. Sie kannten und ehrten die immateriellen, die geistigen, die durch bloße Vorstellung vorhandenen, die in keiner Schätzung anzuschlagenden Güter hinlänglich; sie gestanden dem Verstande, dem Gemüth, Kunstsinn, der Empfindung, der Zuneigung und

Anhänglichkeit alles zu, was ihnen gebührt. Daher erkannten sie denn als Gegenstand von geltenden Rechten nicht bloß das an, was Vortheil bringt, und Früchte abwirft; sondern auch alles, was nur für Geist und Gemüth einen Werth haben kann. Dies war nun zwar nicht utile, wie jene Güter, und brachte am wenigsten immer und sogleich Nutzen, aber man konnte doch davon sagen: Mea interest. Nur dahin, wo auch nicht einmal ein solches Interesse aufzufinden wäre, oder wo es unsittlich seyn würde, es gelten zu lassen, weil es nur etwa auf Neid, Eifersucht, Haß, leere Habsucht u. s. w. gegründet seyn müßte; nur dahin reichte kein Recht, nur davon galt die durchgreifende Regel: Wobey der Berechtigte kein (erlaubtes) Interesse haben kann, dazu hat er auch kein Recht.

Allerdings sind Stellen genug vorhanden, wo id quod interest, auch ein wirklich zu schätzendes, in Geld anzuschlagendes Interesse bedeutet; ihrer sind so viele bekannt, daß es gänzlich unnütz wäre, auch nur wenige anzuführen. Wohl aber mögen einige Stellen von der eben erwähnten mehr umfassenden Bedeutung des Interesse genannt worden. In diesem Sinne wird denn ein mögliches Interesse eines Minderjährigen an einer, von andern gekauften, Sache darin gesetzt, daß dieselbe seinen Vorfahren gehört habe *). In demselben Sinne wird

---

*) IV, 4. *fr.* 35. (de minorib. XXV annis): Si in emptio-

denn auch in andern Stellen bestimmt gesagt, man könne auch affectus ratione, aus Rücksicht auf eine Zuneigung, eine Klage gestatten. Wenn man z. B. jemanden ein Mandat gab, daß ein Sklave freygelassen werden sollte, und er nicht freygelassen wurde; — so kann man unter andern affectus ratione, aus der Bevollmächtigung klagen: man dürfe sich nur vorstellen, daß der Sklave ein natürlicher Sohn oder Bruder sey, denn nach dem Dafürhalten der bedeutendern Rechtsverständigen könne man bey bonae fidei judiciis auch auf Zuneigung sehen **); oder auch wenn ein Patron selbst eine mit größern Schulden, als ihr Betrag ist, belastete Erbschaft eines Freygelassenen verlangen will; so ist ihm das Gesuch um bonorum possessionem nicht zu verweigern; es können ja z. B. in jener Erbschaft Güter sich finden, in welchen die Begräbnißstätten der Vorfahren des Patrons sind, oder ein Sklave, der von ihm nicht

---

nem penes se collatam minor adjectione (al. addictione) ab alio superetur, implorans in integrum restitutionem audietur, si *ejus interesse* emtam ab eo rem fuisse adprobetur, veluti *quod majorum ejus fuisset* — —

*) XVII, 1. *fr.* 54. p. (mandati): — Sed si in hoc mandatum intercessit, *ut servus manumitteretur*, nec manumiserit, et pretium consequetur (de Tortis 1502 und Hal.: consequatur) dominus ut venditor: et *affectus ratione*, mandati *agetur*. Finge *filium naturalem vel fratrem esse*: placuit enim prudentioribus, *affectus rationem* in bonae fidei judiciis *habendam*. — —

nach seinem Preise, sondern nach seiner Zuneigung zu ihm geschätzt wird. *)

Bey allen jetzt aufgezählten Verhältnissen ist nun freylich von keinem utili zu sprechen; denn von einem zu schätzenden Werth, von einem materiellen Nutzen oder Ertrage wird sich niemand in Ansehung ihrer etwas träumen lassen. Darum eben zeigt sich hiebey der Begriff des Interesse ganz anders, als daß man ihn auf Schätzung, Schadensersatz oder Gewinn an Gütern beziehen könnte; und dennoch bleibt dies Interesse noch ein Grund von Rechten.

Jene Bedeutung von utile, im Gegensatz von Interesse, erhält aber noch eine neue Klarheit durch Erinnerung an die Stellung der impensarum utilium im Recht. Sie bedeuten anerkanntermaßen den Aufwand, der die Brauchbarkeit oder den Werth der Sache vermehrt; und ihnen werden die impensae promercales

---

*) XXXVIII, 2. *fr.* 36. (de bonis libertorum) : — Et sane absurdum est, *jus patroni* in petenda bonorum possessione contra tabulas aliorum computatione, non *judicio ipsius patroni* aestimari, auferrique patrono, quod modicum vindicaturus est: multi enim casus intervenire possunt, quibus *expediat* patrono petere bonorum possessionem, *quamvis aeris alieni magnitudo*, quam libertus reliquerit, *facultates patrimonii excedat*: veluti si *praedia* sunt aliqua ex bonis liberti, *in quibus majorum patroni sepulchra sint*, et magni aestimat bonorum possessione jura pro parte ea ad se pertinere, vel aliquid (al. aliquod) mancipium, quod non pretio, sed affectu sit aestimandum.

gleichgesetzt, welche ohne Mehrung des Werths den Preis der Sache erhöhen. Hierauf beschränkt sich denn das utile, aber noch nicht jeder mögliche Gegenstand von Rechten. Denn wenn auch von dem impensis voluptuariis, welche nicht promercales sind, geringere Rechte gelten als von den übrigen; so gelten immer einige von ihnen, wenn auch verschiedene in verschiedenen Verhältnissen, wenn auch nur ein Zurückhaltungs-Recht, oder ein Recht, die angeschafften Sachen wegzunehmen. Hieraus geht denn wieder auf das deutlichste hervor, daß ohne ein utile im Gegenstande doch ein Recht angenommen wird.

Gleichwohl ist die schon erwähnte allgemeine Regel über allen Zweifel erhaben: Wo kein Interesse statt hat; da ist auch kein Recht gültig oder durch den Richter zu erhalten. Ist gleich diese Regel nirgends als allgemeiner Grundsatz ausdrücklich vorgeschrieben; so findet sie sich doch als Rechtsgrund, aus dem andere angewandte Sätze abgeleitet sind, mehrmals genannt; und durch sie kommt allein Einheit und Uebereinstimmung in den gesammten Rechtszusammenhang. Dieser Grundansicht zufolge werden denn Klagen nur dann an Erben gegeben, wann ihnen daran gelegen seyn kann *); dagegen darf ein Päch-

---

*) II, 7. *fr.* 5. §. 4. (ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat): Heredibus autem ita dabitur (in factum judicium), *si eorum intersit.*

ter nicht zur Bebauung eines Feldstücks gezwungen werden, wenn den Erben des Verpächters nichts daran liegen kann. *) Darum fällt auch jede Klage des Bevollmächtigten weg, wenn er gar kein Interesse bey dem aufgetragenen und nicht ausgeführten Geschäft hat **)

Giebt es nun Rechte, wo kein utile ist, aber keine Rechte, wo von eo, quod interest, nicht mehr die Rede seyn kann; so muß es unstreitig Rechte geben bey bloßem Interesse ohne alles utile. Hiemit wären denn die beiden obigen Stellen über die Servituten ganz einverstanden, und dadurch zugleich nebst den Beyspielen aufgeklärt, die sie enthalten.

Allerdings kann man eine Dienstbarkeit nicht bloß vorbehalten, sondern selbst neu auflegen und zugestehen,

---

*) XIX, 2. *fr.* 32. (locati cond.): Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit: et eum (de Tortis 1502: eundem) fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, *quia nihil heredis interesset:* quod si colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere (de Tortis 1502: habere colonum) et hoc detrimentum ad heredem pertinere, etc.

**) XVII, 1. *fr.* 8. §. 6. (mandati): Mandati actio tum competit, *cum coepit interesse ejus, qui mandavit:* ceterum *si nihil interest,* cessat mandati actio; et *eatenus* competit, *quatenus interest:* utputa mandavi tibi, ut fundum emeres: si intererat mea emi, teneberis (de Tortis 1502: teneris): ceterum, si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, *neque interest aliquid,* cesset mandati actio etc.

wenn sie auch keinen eigentlichen Nutzen, keinen Gewinn an Gütern, gewährt, bey den Gütern weder Werth noch Preis mehrt, (etsi non utilis sit); dagegen aber gilt kein Dienstrecht, woran keinem Nachbar gelegen seyn kann, (quia nihil vicinorum interest). Gelegen aber kann keinem Menschen von ungetrübtem Verstande und reinem Gemüthe irgend etwas daran seyn, daß ein anderer auf dem, ihm selbst eigenthümlich zustehenden, Grundstück nicht gehe oder stehe, daß er desselben nicht gebrauche und keine Früchte davon sich zueigne. Dagegen verhält sich unstreitig bey den beiden andern Beyspielen die Sache ganz anders. Nach Wasser graben auf seinem Grundstück kann vielleicht der andre ohne meinen Schaden; und so ließe sich vielleicht immer noch fragen, ob ich von der Unterlassung dieses Grabens gewiß Vortheil an meinen Gütern haben würde. Aber in jedem Fall sichert es mich mehr, wenn der Nachbar nicht graben darf, mag er dies wirklich in der Absicht thun, um mir mein Wasser zu mindern, oder aber nur eine Gefahr einer solchen Minderung daraus drohen. Immer läßt sich hiebey ein Interesse des mit dem Dienstrecht begabten denken und annehmen. — Ein ganz ähnlicher Fall möchte mit der Wasserleitung eintreten. Ich brauchte sie vielleicht nicht, weil ich genug Wasser habe, und also dadurch keinen Gütervortheil, keinen größern Werth oder Preis durch sie jetzt erhalten würde, (non expediret, non utilis esset). Aber ein Interesse kann ich

dennoch dabey wohl haben, weil es auf alle mögliche Fälle des Abnehmens oder Versiegens des andern Wassers rc. doch mehr Sicherheit gewährt. Durch diese Ansichten wird denn wohl der vermeyntliche Widerspruch zwischen den beiden oben angeführten Rechtsstellen sich leicht auflösen.

III.

2) die Möglichkeit der Entstehung eines Dienstrechts ohne Handlungen des Beschwerten.

(vergl. Lehrbuch §. 279.)

Ein viel berühmterer Punkt in der Lehre von den Dienstrechten geht die servitutes in faciendo an. Nun liegt es zwar außer den Grenzen, welche diesem Umfang von Abhandlungen durch ihre erklärte Absicht gesteckt sind, zu untersuchen, ob sich nicht mit den römischen servitutibus, die nur in patiendo oder in non faciendo bestehen dürfen, auch die wohl zuweilen sogenannten deutschen servitutes in faciendo, die Frohnden, Zinsen, Bannrechte u. s. w., in Beziehung auf mehrere Grundsätze darüber, zusammenstellen lassen? Hier genügt es, daß sie nach rein römischen Ansichten keine Dienstrechte oder überhaupt keine dingliche Rechte seyn sollen; denn darüber sind sehr deutliche Entscheidungen da. Soviel besonders eine, selbst aus einem Grundstück versprochene, Abgabe betrifft; so geht eine solche gewiß nicht

auf den Käufer über. Deswegen bleibt denn auch die, durch ein Versprechen übernommene, Verpflichtung eines Nachbars, eine nach Quantität bestimmte Getreidelieferung aus seinem Landgute an ein benachbartes jährlich zu machen, nicht für den nachherigen Käufer des belasteten Gutes gültig. *) Dies ist nun schon sonst **) in Zusammenstimmung mit der allgemeinen Ansicht dadurch erläutert worden, daß die Dienstrechte Einschränkungen von Theilen des Eigenthums seyen, eine Abgabe aber nicht auf dem Eigenthum selbst laste, und deswegen nicht mit einem Dienstrecht gleich zu stellen sey, bey welchem das, dadurch eingeschränkte, Eigenthum mit diesen Einschränkungen auf den neuen Besitzer übergehen könne.

Indessen ist in der angeführten Rechtsstelle die vorgelegte Aufgabe noch etwas strenger gefaßt, und diese Seite darf hier um so weniger unberührt bleiben, da sie mit der Hauptansicht der Römer ganz genau zusammenhängt. Jene Aufgabe nemlich ist nicht allein von der

---

*) XVIII, 1. *fr.* 81. §. 1. (de contrahenda emtione): Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua praestare praediis Gaji Seji: postea Lucius Titius vendidit fundum, *additis verbis* his: *Quo jure, quaque condicione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur:* quaero, an emptor Gajo Sejo ad praestationem frumenti sit obnoxius? Respondit, emptorem Gajo Sejo, secundum ea, quae proponerentur, obligatum non esse.

**) Vergl. Thibaut Versuche Th. I. Abh. 2.

Natur der Servituten abhängig gemacht, sondern es ist eigentlich alles auf die dabey gebrauchten Worte der Verabredung gesetzt, wenn sie so lauten, wie sie in der Folge angegeben sind, (additis verbis *his*); also wenn es heißt: Unter welchem Recht und unter welchen Bestimmungen die Grundstücke von Lucius Titius jetzt sind, so seyen sie verkauft, und so soll er sie haben oder behalten. Auf diese Worte bezogen, ist denn gesagt: nach dem, was in jener Aufgabe oder Anfrage vorgelegt (vorgetragen) worden, folglich unstreitig eben nach den gebrauchten Worten, gehe die Verflichtung zu der jährlichen Abgabe nicht auf den Käufer über. Liegt aber nun der Entscheidungsgrund gerade in jenen Worten; so ist deutlich genug, daß die Forderung der Abgabe nicht zu den Rechten zu zählen sey, unter denen die Grundstücke stehen, welche auf den Grundstücken lasten und das Recht an ihnen beschränken. Trifft nun auch dieses in der Hauptsache mit der allgemeinen Ansicht der Servituten zusammen, muß man auch hiebey das abgewiesene Forderungsrecht als ein, nicht die Rechte am Grundstücke, sondern nur die sonstigen Rechte des Grundstücksbesitzers, außer seinem Eigenthum daran, beschränkendes Recht ansehen; so bezeichnet doch selbst diese Stelle schon wieder die allgemeine römische Behandlungsart dieser Materie. Die Rechtsgelehrten dieses Volks geben ihre rechtlichen Entscheidungen nicht sowohl aus allgemeinen Gründen, die

aus der Lehre abgeleitet sind, als aus den vorgelegten Worten der jedesmal in Frage stehenden Verabredung, und forschen nach dem gewöhnlichen und zuläßigen Sprachgebrauch bey diesen.

Allein es sind noch andre Stellen, nach welchen die Servitutes in faciendo als ganz unzuläßig erscheinen. Freylich macht indessen dabey ein Bruchstück, wo nur von Unterhaltung und Wiederherstellung einer Wand durch den Besitzer des dienenden Guts gesprochen wird, den Auslegern und Systematikern manche Schwierigkeit. Darum sey denn wieder versucht, ob dennoch nicht beides mit einander bestehen könne, und ob nicht in eine oder die andere Ansicht mehr, als nöthig ist, hineingetragen sey.

Mag auch hier wieder die Frage so vielseitig als möglich betrachtet werden! Wenn es darum heißt: ein Dienstrecht solle nicht im Thun bestehen; so kann es allerdings wohl heißen, wie man es bisher auslegte: der durch das Dienstrecht beschränkte solle nicht das geringste thun und vornehmen, man möchte nach den bisherigen Aeußerungen veranlaßt seyn zu sagen, keinen Finger rühren — dürfen, damit dem zu jenem Recht Berechtigten irgend ein Vortheil geschähe. Gleichwohl kann es doch sehr leicht noch eine andre Bedeutung haben. Denn: Es giebt keine Servitus in faciendo, kann auch bloß folgendes bedeuten: Die Servitut (der Vortheil, den der Berechtigte aus seinem Recht bey derselben hat,) darf

nicht dadurch allein möglich seyn, daß der mit dem Dienstrecht belastete etwas leiste oder vornehme, so daß dadurch die Servitut erst entstehe.

Nun vergleiche man damit die Hauptstelle, die davon spricht. *) Daß man diese Stelle wegen des Buchs und Titels, wo sie sich befindet, wohl nur von Realservituten auslegen könne, ist schwerlich von Einfluß. Aber die gebrauchten Beyspiele sind der Beachtung wohl werth. Darum also soll keine Servitut bestehen können, das soll der Natur der Servituten entgegen seyn, daß jemand grüne Plätze oder Gänge oder Lustgärten anlege, **) daß er eine angenehmere Aussicht gewähre, daß er auf seinem Grundstücke male, (darauf Gemälde setze). Geht man alle diese Beyspiele durch; so würde durch jede einzelne Handlung von den drey genannten die Servitut erst entstehen; und so wäre dies Bruchstück

*) VIII. 1. *fr.* 15. §. 1. (de servitutibus): Servitutium non ea natura est, ut aliquid *faciat* quis: veluti ut viridia (die glossirten Ausgaben, und unter ihnen de Tortis 1502: viridaria) tollat, aut amoeniorem prospectum *praestet*, aut in hoc ut in suo *pingat*; sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

**) Die Meynung von Cujas, daß tollere hier den Sinn extollere, erigere, und nicht, wie a Costa glaubte, von auferre habe, ist, zumal im Zusammenhange betrachtet, unstreitig die richtige. S. auch *Menagii* amoenitat. jur. civ. c. 29. — Uebrigens ist für unsre Untersuchung das Resultat bey beiden Meynungen dasselbe.

ausschließend der zweyten von den obgenannten Auslegungen günstig. Dann wäre aber zuförderst damit noch keinesweges gesagt, daß eine Servitut überhaupt nicht durch ein Menschenwerk, durch ein von Menschenhänden errichtetes, angelegtes Werk möglich wäre, nicht darauf beruhen könnte. Nur müßte dies Menschenwerk nicht neu, nicht dazu, daß die Servitus dadurch erst entstehe, errichtet werden; wohl aber könnte sie statt haben, wenn das Werk, das sie möglich machte, schon früher vorhanden war, und sie nach seiner, von ihr unabhängigen, Entstehung darauf begründet würde. Man kann diese Ansicht durch die, mit Recht bey neuern philosophischen Streitigkeiten sehr bedeutend gemachte und hervorgehobene, Bemerkung stützen, daß alles auch von Menschen bewirkte, sobald es einmal existire, mit zu der Natur, die auf uns wirke und auf die wir wirken, zu rechnen sey.

Wenn nun aber nichts durch jenes römische Fragment aus der Sphäre der Dienstrechte entfernt ist, als was erst, damit das Dienstrecht existire, hervorgebracht werden müßte; so ist begreiflicherweise nicht ausgeschlossen, daß derjenige, von dessen Grundstücke, wie es nun einmal durch Natur oder Menschen vorhanden und beschaffen ist, die Servitut lastet, nicht sollte verpflichtet seyn können, das, was einmal, so wie es eingerichtet ist, zu dem Dienstrecht dient, zu erhalten und wieder herzustellen. Nur das darf nicht behauptet werden, daß

sich dies bey jeder Servitut von selbst verstehe; wohl aber, daß es theils ausdrücklich verabredet werden, theils daß es unmittelbar aus einer, darauf auch nicht ausdrücklich lautenden, Verabredung folgen könne.

Hiernach sey nun jenes andere Bruchstück von berühmter Schwierigkeit erwogen.*) In diesem wird ganz ungezweifelt von einer Verpflichtung gesprochen, eine Säule oder Mauer, die eine Last vom Hause des Nachbars zu tragen hat, wieder herzustellen; aber doch in einem eignen Zusammenhang, wobey überdem vielleicht nicht zu übersehen ist, daß die Stelle ein Fragment aus

---

*) VIII, 2. *fr.* 33. (de servitutib. praedior. urbanor. — aus Paulus L. V. epitomarum Alfeni Digestorum): Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes, quae servirent; non eum qui imponere vellet. Nam cum in lege aedium (de Tortis 1502: aedis) ita scriptum esset: *Paries oneri ferundo* (de Tortis 1502: *ferendo*) *uti nunc est, ita sit;* satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere; non enim hoc his verbis dici, (de Tortis 1502: dicitur), ut in perpetuum idem paries aeternus esset; quod ne fieri quidem posset: sed uti ejusdem modi (de Tortis 1502: uti ejusmodi, dagegen die Göttinger Ausgabe als Vulg. angiebt: ut ejusmodi) paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum (de Tortis 1502, wie Hal. und Vulg. nach den Göttingern: quae suum onus) sustineret, si ea res, quae servit, et (Vulg. nach Brencmann in der Göttinger Ausgabe: ut; de Tortis 1502 hat weder et noch ut,) suum onus ferret, periisset: alia in locum ejus dari debeat.

einem Auszuge eines Schriftstellers aus einem andern ist, welches theils den abgebrochenen Anfang erläutern, theils auch den Fall, den Paulus, als einen merkwürdigen, aus einem ältern Schriftsteller des Aushebens würdig hielt, in dem Licht eines nicht gewöhnlichen erscheinen lassen möchte. Das ganze Bruchstück enthält dann folgende Darstellung. Einzuschieben ist vielleicht zu Anfange: Alfenus sage. Nun folgt denn das wörtlich da stehende: Es müsse (wahrscheinlich in dem ihm vorgelegten, oder sonst von ihm zur Beurtheilung gezogenen Fall,) die Säule, welche die Last von einem benachbarten Hause trage, von demjenigen wieder hergestellt werden, dem das dienende Haus zustehe, nicht von dem, welcher die Last auflegen wolle. Daß nämlich bloß von einem vorgelegten Fall in diesem Bruchstück die Rede seyn kann, ergiebt sich daraus deutlich, weil der Grund dieser Entscheidung in keinen allgemeinen Rechtssatz gestellt ist, sondern allein in die, bey der Verabredung gebrauchten, Ausdrücke. Denn, fährt die Stelle fort, wenn in den dem Hause aufgelegten Bedingungen es so geschrieben stünde: wie jetzt die Mauer zum Tragen der Last beschaffen ist; so soll sie immer seyn (oder bleiben); so wäre dann offenbar genug angezeigt, daß die Mauer beständig vorhanden seyn müsse. Denn das wäre mit diesen Worten nicht gesagt, daß stets dieselbe Mauer immerwährend sey; was nicht einmal statt haben könne; sondern daß stets

eine Mauer von derselben Art vorhanden sey, welche die Last unterstützte; so wie wenn jemand einem andern zugesagt habe, ihm ein Dienstrecht zur Tragung einer Last von seinem Hause einzuräumen, und dann die Sache, welche mit dem Dienstrecht beschwert wäre und jene Last trüge, unterginge, er eine andre an ihre Stelle schaffen müßte.

Sollte dies nicht abermals als ein neuer Beleg erscheinen, wie die Römer ihre Entscheidungen und Bestimmungen über Dienstrechte fast nie aus angenommenen juristischen Regeln, sondern nur entweder aus der Natur der jedesmal vorliegenden Gegenstände, oder, und zwar dies am meisten, aus den darüber eingegangnen Verabredungen abgeleitet haben.

IV.

Gegenstände der Dienstrechte und darin enthaltne Befugnisse.

(vergl. Lehrbuch §. 280 — 284.)

Ein Theil der sonst über die Dienstrechte angegebnen Bestimmungen besteht nun zwar mit andern Ansichten eben so gut, als mit den hier mehr ins Licht zu setzenden; so

1. daß der Gegenstand eines Dienstrechts nur eine

fremde Sache seyn könne, *) wodurch theils die, freylich auch mit dem Namen servitus bezeichnete Sklaverey, theils jeder, von einer eigenthümlichen Sache gezogne, Nutzen ausgeschlossen wird, wenn es auch eine, zwischen dem Eigenthümer und dem zur Servitut Berechtigten, gemeinschaftliche Sache beträfe. **) Dabey mag denn mit wenigem sogleich noch bemerkt werden, daß manche, bey dieser Gelegenheit von andern angeführte, Stellen ***) ganz und gar nicht hieher gehören, und andere von keinem Miteigenthum, sondern von einem abgesonderten Eigenthum an einem Theil desselben Grundstücks sprechen. †)

Uebrigens aber können auf einer und derselben Sache begreiflicher Weise mehrerere Dienstrechte lasten, ††) nur mit der sehr natürlichen Ausnahme, daß nicht das später Aufgelegte dem ältern, und eben darum einseitig nicht zu nehmenden, Abbruch thue. †††)

II. Eine Reihe anderer, in der Hauptsache anerkannter und richtiger, Bestimmungen erhalten ihre allgemeine Ansicht aus dem Gesichtspunkte, daß bey den, das

---

*) S. die im Lehrbuch §. 280. Anm. 1. angeführten Stellen.

**) VIII, 2 *fr.* 26. (de S. P. U.)

***) So eod. *fr.* 27 pr. und VIII, 3. *fr.* 27. (de S. P. R.)

†) VIII, 1. *fr.* 8. §. 1. (de servitutib.) VIII, 2. *fr.* 30. (de S. P. U.)

††) Z. B. VII, 1. *fr.* 16. (de usufr.)

†††) Z. B. VIII, 3. *fr.* 14. (de S. P. U.)

Eigenthum einschränkenden, Dienstrechten unausweichlich zwey Rechte angenommen werden müssen, die sich gegenseitig beschränken, aber eben darum so ausgeübt werden müssen, daß sie beide dennoch, so weit sie wirklich gegründet sind, neben einander bestehen. Unter diesem Gesichtspunkt sind denn für den mit der Servitut Berechtigten zwey Hauptregeln gänzlich unausweichlich:

1) Jedes Dienstrecht gilt nur so, nur so weit, nur auf die Art und nur binnen der Gränze, wie es wirklich begründet ist, welches alles mit der lateinischen Formel in neuern Zeiten ausgedrückt wird: Determinatus servetur modus. Es läßt sich aber auch auf andre Weise so erläutern, daß man darauf das vorzüglichste Gewicht legt: es könne dem, durch ein Dienstrecht begrenzten, Eigenthum nicht mehr entzogen werden, als wirklich in dem Dienstrecht abgenommen worden; und also dem, dadurch beschränkten, Nachbar nichts mehr zum Nachtheil, wenn gleich wohl zum Vortheil, geschehen. Dies findet sich denn auch in einer Stelle *) eben so ausgedrückt, und andre Stellen erläutern es in mancherley Anwendungen auf Beyspiele, aus welchen denn recht deutlich die unbefangenste, und nicht im geringsten

---

*) VIII, 2. *fr.* 20. §. 5. in f. (de servitut. praedior. urb.): — Et omnio sciendum est, meliorem vicini condicionem fieri posse: deteriorem (de Tortis 1502: fieri) non posse, nisi aliquid nominatim, (auch 1502 hat noch: in) servitute imponenda, immutatum fuerit.

mit willkührlichen Spitzfindigkeiten beengte, Beurtheilung der wahren menschlichen Verhältnisse hervorglänzt.

So weicht nicht bloß jede gesetzliche Regel, sondern selbst jede willkührliche wörtliche Bestimmung der Privatleute vor der Natur und Lage des Orts, wo eine Servitut statt haben soll. Darum bewirkt das für sich keine rechtliche Folge, daß den Worten nach via zugestanden ist; denn sobald man dabey einen so engen Ort angewiesen hat, daß weder ein Wagen noch ein Lastthier hindurch können, so wird nicht via oder actus, sondern nur iter erworben scheinen. Kann man dagegen ein Lastthier durchbringen, so wird actus erworben scheinen.*) Hier liegt denn doch die Unabhängigkeit dieser Rechte von den gebrauchten Worten auf das deutlichste vor Augen.

Andre Einschränkungen des Eigenthums können durch Gesetze und Bestimmung des Richters entstehen, besonders aber durch Verträge. Denn von menschlicher völlig freyer Willkühr lassen die römischen Juristen, neben der Natur der Gegenstände und Verhältnisse, fast alles in dieser Lehre abhängen. So kann ein Dienstrecht auf

---

*) VIII, 1. *fr.* 13. (de servitutib.): Si tam augusti loci demonstratione facta, via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire (auch de Tortis 1502: ea ire) possit: iter magis quam via aut actus acquisitus videbitur. Sed si jumentum ea (auch 1502: per eam) duci poterit, non etiam vehiculum: actus videbitur acquisitus.

einen bestimmten Theil eines Grundstücks sowohl erlassen als gelegt werden. *) Es kann nach Zeiten abgeschieden; nur zu bestimmten Stunden, nur einen Tag um den andern, ausgeübt werden. **) Es kann abgemacht seyn, mit welcher Art von Wagen man fahren oder nicht fahren dürfe, etwa bloß mit Pferden; daß man nur ein gewisses Gewicht aufgeladen haben dürfe; welche Heerde man durchtreiben; daß man Kohlen zu tragen habe. ***)

Eine andre Regel drückt man nun gewöhnlich mit einem besonders dafür angenommenen Wort aus:

2) Jedes Dienstrecht müsse pfleglich ausgeübt werden, das ist, so wenig zum Schaden des dienenden Guts, als dies nur immer mit der vollen Ausübung des Dienstrechts bestehen kann; also immer nicht, daß dem Eigenthümer jenes Guts ein unnöthiger Schade geschieht. So †) giebt freylich die unbestimmte Bestellung

---

*) Eod. *fr.* 6: Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest.

**) Eod. *fr.* 5. §. 1: Usus servitutium temporibus secerni potest: forte ut quis post horam tertiam usque in horam decimam eo jure utatur, vel ut alternis diebus utatur.

***) Eod. *fr.* 4. §. 1: Modus adjici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur vel non agatur: veluti ut equo dumtaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur (auch de Tortis 1502: res illae transducantur) aut carbo portetur.

†) Eod. *fr.* 9: Si cui simplicius (auch 1502, wie jetzt die Florentinische Handschrift und mehrere glossirte: simplici

eines Fahrwegs durch ein Grundstück das Recht, durch jeden Theil desselben zu gehen und zu treiben. Es versteht sich jedoch immer civiliter, (welches man mit pfleglich zu verdeutschen gewohnt ist). Denn einiges ist in der Rede (dem gewöhnlichen Gebrauch bey derselben zufolge; wieder ein Beleg für die bloße Entscheidung nach der Privatansicht, nicht nach willkührlich festgesetzten Regeln,) stillschweigend ausgenommen. Durch das Landhaus nemlich selbst und mitten durch den Weinberg zu gehen oder zu treiben, ist ihm nicht zu gestatten, da eine gleich große Bequemlichkeit mit geringerm Schaden des dienenden Guts bey jeder ähnlichen Benutzung möglich ist, welche man von einem andern Theil des Grundstücks macht. Eben so kann man es nicht weiter ändern, wenn einmal ein Weg oder eine Wasserleitung eingerichtet ist, die man anfänglich allenthalben hätte leiten und führen können.

---

usu) via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem ire agere licebit: civiliter (auch 1502: civili tamen) modo. Nam quaedam *in sermone* tacite excipiuntur: non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aeque commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae ejus potestatem haberet: sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset: posteaquam ductus esset, transferre non liceret. Quod et in via servandum esse, verum est.

In andern Stellen *) heißt es: Wenn auch eine Wasserleitung auf einen bestimmten Theil des Grundstücks eingeschränkt ist; so werden doch nur die Orte desselben als damit belastet gedacht, welche von Gebäuden, Bäumen und Weinbergen leer sind. Dagegen **) trifft diese Beschränkung des Dienstrechts, daß dadurch nicht geschadet werden soll, doch nur die von Menschenhänden dabey angelegten Werke, nicht aber die Naturwirkungen und deren Folgen; so etwa wenn das Wasser im Wassergraben durch den Regen anschwillt, oder von den Ländereyen darin zusammenfließt, oder eine Wasserquelle neben dem Graben entsteht, oder in demselben sich späterhin erst entdeckt.

Auf ganz ähnliche Weise steckt die ganze Natur des Verhältnisses dem Eigenthümer des dienenden

---

*) VIII, 3. *fr.* 21. (de servitutib. rustic. praedior.): Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum, non destinata parte, per quam (auch 1502 schaltet ein: aquam) ducerem, totus fundus tuus serviet — Eod. *fr.* 22: Sed quae loca ejus fundi tunc, cum ea fieret cessio, (de Tortis 1502: concessio, welches Gebauer gar nicht als Lesart der Vulg. sondern bloß Hal. bemerkt,) aedificiis, arboribus, vineis vacua fuerint: ea sola eo nomine servient.

**) Eod. *fr.* 20. §. 1: Servitus naturaliter, (auch de Tortis 1502 schiebt hier ein: opere) non manufacto, laedere potest fundum servientem: quemadmodum si imbri (auch 1502: imbribus) crescat aqua in rivo, aut ex agris in eum confluat, aut aquae fons (1502 hat hier: oriatur; eine Lesart, die in der Göttinger Ausgabe ganz fehlt,) secundum rivum, vel in eo ipso inventus postea fuerit.

Gutes Grenzen, welche er gegen den zur Servitut Berechtigten nicht überschreiten darf. Sie lassen sich wieder in zwey bekannte Regeln zusammenfassen:

1) Nihil facere potest in praejudicium dominantis, oder mit Worten der alten Rechtsgelehrten zu reden: Dominus — nihil facere potest, quo servitus impediatur. *)

Es ist an einem andern Ort **) noch bestimmter gesagt, daß die Unterlassungen bey den Dienstrechten nicht bloß wegen des Widerspruchs, sondern schon wegen des Mangels an Einwilligung des zur Servitut Berechtigten statt finden müssen. Deshalb darf der Eigenthümer dem andern nicht iter, actum und stillicidium verbauen, nicht durch Bau dem Nießbrauch schaden; ***) eben darum auch kein neues Dienstrecht auflegen, welches mit einem früher begründeten nicht bestehen könnte. †) — Nächstdem aber muß der Eigenthümer auch

*) VIII, 3. *fr.* 13. §. 1. (de servitutib. praedior. rusticor.)

**) VIII, 2. *fr.* 5. (de servitutib. p. urban.): Invitum autem in servitutibus accipere debemus, non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit. — —

***) VIII, 5. *fr.* 9. pr. (si servitus vindicetur).

†) VIII, 3. *fr.* 14. (de S. P. R.): Per quem locum viam alii cessero, per eundem alii aquaeductum cedere non potero: sed et si aquaeductum alii concessero, (de Tortis 1502: cessero,) alii iter per eundem locum vendere vel alias cedere (1502: concedere. Beide letzte Abweichungen fehlen im Geb.) non potero.

2) alles gestatten, ohne welches das Dienstrecht nicht ausgeübt werden kann; welches man meistens durch adminicula servitutis bezeichnet. Darüber enthalten die Pandekten eine Reihe lehrreicher Beyspiele. Ist z. E. ein Wegedienstrecht bestellt (legirt), wo solches ohne Vorrichtung nicht statt haben kann; da darf man durch Graben und Unterbauen einen Weg anlegen. *) Ferner muß der Erbe bey einem vermachten Nießbrauch an einem Ort einen Zugang zu dem letzten gestatten, (quia sine accessu nullum est fructus legatum), und eben so bey einem hinterlassenen Recht, Wasser zu schöpfen, einen Fußsteig zum Schöpfen. **) Wenn mein Haus niedriger liegt als des andern Hof, und der andre mir durch seinen Hof den Durchgang und Durchtrieb in mein Haus zugesteht, aber kein Zugang zu meinem Hause gerade aus durch des andern Hof statt haben kann; so kann ich entweder Stufen oder einen Abhang nach meiner Thüre hin anlegen, wenn ich nur nicht mehr als nöthig ist, wegen des Weges zerstöre. ***) Der

*) VIII, 1. *fr.* 10. (de servitutib.): Si iter legatum sit, qua (auch 1562: quo), nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo, substruendo, iter facere, Proculus ait.

**) VIII, 2. *fr.* 10. (de S. P. U.) VIII, 3. *fr.* 3. §. 3. (de S. P. R.)

***) VIII, 2. *fr.* 20. §. 1. (de S. P. U.): Si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, (so liest auch 1502, nicht wie Brencmann als Vulg. angiebt: concessisti,) nec ex plano

Ausbesserung halber ist denen, welchen das Dienstrecht zukommt, auch die Befugniß ertheilt, auf die Orte zu gehen, auf welchen das Dienstrecht nicht lastet, worauf es aber doch Bedürfniß für sie ist, hinzugehen, wenn es nicht bey der Gestattung der Servitut namentlich bemerkt worden, wohin sie gehen dürfen; und darum kann auch weder neben dem Wassergange, noch über demselben, wenn etwa unter der Erde das Wasser geleitet ist, der Eigenthümer des Bodens einen Ort weichen, (abtreten,) damit das Dienstrecht nicht untergehe. Man kann auch den Wassergang vertiefen oder erhöhen, durch den man das Wasser zu leiten rechtliche Befugniß hat, es sey denn daß verabredet wäre, es dürfe nicht geschehen. Wenn mir das Recht zusteht, neben deinem (oder durch dein) Grundstück Wasser in einem Gange zu leiten, so folgen stillschweigend auch folgende Rechte, daß es mir frey stehe, den Gang auszubessen, daß ich zu dessen Ausbesserung, wo ich am nächsten kann, hingehen könne, ich und meine Arbeitsleute; ferner, daß mir der Eigenthümer des Grundstücks einen Raum lasse, auf dem ich rechts und links zu dem Gange hin kann, und

---

aditus ad domum meam per aream tuam esset, vel gradus, vel clivos, propius januam meam jure facere possum: dum ne quid (auch 1502 hat noch: aliud) ultra quam quod necesse est, itineris causa demoliar.

wo ich Erde, Lehm, Steine, Sand, Kalk hinlegen darf. *)

Ist nun einmal ein Dienstrecht verabredet; sind Grenzen und Zweck desselben ausdrücklich bestimmt, oder verstehen sie sich nach der Lage der Sachen, oder auch aus andern ausdrücklichen Festsetzungen von selbst; so ist dadurch die Servitut beschränkt, und man sagt mit Recht, sie sey strenge auszulegen. Nur muß auch dies hier nach den frühern Erinnerungen nicht so verstanden werden, daß der Sinn derselben nur als möglich genommen werde, sondern es kann im vollsten Sinne, den die Worte zulas-

---

*) VIII, 4. *fr.* 11. pr. (communia praedior.): Refectionis gratia, accedendi ad ea loca, quae non serviant, facultas tributa est his, quibus servitus debetur: qua tamen accedere eis sit necesse: nisi in cessione servitutis nominatim praefinitum sit, qua accederetur: et ideo nec secundum rivum, nec supra eum, si forte aqua ducatur, locum religiosum dominus soli facere potest, ne servitus intereat: et id verum est: sed et depressurum et adlevaturum rivum, per quem aquam jure duci potestatem habes, nisi, ne id faceres, cautum sit — §. 1. Si prope (auch 1502 liest: per) tuum fundum jus mihi est, aquam rivo ducere: tacita (1502 liest nicht bloß tacite, sondern hat auch haec nicht,) haec jura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, quo (auch 1502: quam) proxime possim, ad reficiendum eum, ego fabrique mei: item ut spatium relinquat mihi dominus fundi, qua (1502 liest hier quo a, eine in der Göttinger Ausgabe nicht vorkommende Lesart,) dextra et sinistra ad rivum redeam (auch 1502: eam): et quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem jacere (auch 1502: facere) possim.

sen, nur in keinem, den sie ausschließen, verstanden werden. Darum heißt es denn *): Wenn ich eine Wasserleitung in den Tages- oder Nachtstunden habe, so kann ich zu keiner Stunde ableiten, als zu welcher mir das Recht zu leiten zusteht, obgleich freylich in dieser Stelle wohl nicht bloß von Dienstrechten allein gesprochen wird. Deutlicher erläutert eine andre, nach welcher der Inhaber eines Rechts der Wasserleitung den Wassergang bedecken, und dadurch dem Grundeigenthümer Viehtränke und Wasserschöpfen nehmen kann, wenn nicht von Anfange bey Auflegung der Servitut etwas entgegengesetztes ausgemacht ist **). Eben so darf ich aus meiner Wasserleitung keinem Nachbar leihen, und sie selbst für keinen andern Theil des Grundstücks, als für den sie erworben ist, benutzen ***). Selbst Wasserschöpfen aus einer Wasserleitung kann man keinem Nachbar, und nicht einmal einem von solchen, durch deren Grundstücke die Wasserleitung geht, gestatten, wenn dies nicht durch einen Vertrag (oder auch durch Stipulation) ausgemacht ist. †)

Der Erläuterung der neuern Benennungen für die verschiedenen Arten der Dienstrechte ††) bedarf es hier so

*) XLIII, 20. *fr.* 2. (de aqua cottid. et aestiva.)
**) XLIII, 21. *fr* 2. (de rivis).
***) VIII, 3. *fr.* 24. (de S. P. R.)
†) Eod. *fr.* 33. §. 1.
††) Lehrbuch §. 284. Anmerk. 1.

wenig, als der Erklärung des Unterschiedes zwischen dinglichen und persönlichen Servituten. *) Dagegen ist nun über die dinglichen Dienstrechte manches einzelne dem Zweck gemäß zu erwägen, wobey aber auch die Frage: ob eine Servitut der Annehmlichkeit wegen errichtet werden könne, einer frühern hinreichenden Beleuchtung wegen, **) auch übergangen werden kann, zumal da sie durch die vorstehende Erörterung, wie Rechte nicht bloß auf Nutzen und Gütervortheil, sondern auch auf Interesse andrer Art sich gründen können, ein noch helleres Licht erhalten kann.

V.

Benachbarte Güter, eine Bedingung dinglicher Dienstrechte.

(vergl. Lehrbuch §. 287.)

Es ist an sich freylich auch ein hinlänglich bekanntes Erforderniß der dinglichen Dienstrechte, daß die beiden Güter, für deren eins sie gelten, und auf deren zweytem sie lasten, benachbarte Güter seyn müssen.

---

*) Lehrbuch §. 285.

**) Thibaut Versuche Th. I. Abh. 1. — vergl. Lehrbuch §. 286. Anm. 2.

Aber dennoch ist es für den Zweck, die natürliche Ansicht und Beurtheilung der Römer von diesen Rechten in helles Licht zu stellen, wohl einer nähern Beachtung werth. Es zeigt sich nämlich hiebey wieder, daß von keiner willkührlich angenommenen Regel, sondern von der Natur des ganzen Verhältnisses diese Bestimmung und ihre Anwendung ausgeht.

Man unterscheidet die bloß einander nahe gelegne (praedia vicina,) von den an einanderstoßenden Grundstücken (contigua); und ausdrücklich wird das unmittelbare Angrenzen, also die contiguitas, nur da erheischt, wo die Natur des beabsichtigten Nutzens es erfodert; sonst aber eine bloße Nachbarschaft überhaupt, (vicinitas,) für hinlänglich erklärt. Diese letzte hat aber deswegen doch stets verlangt werden müssen, weil sonst der Vortheil für das zu entfernte Gut oder dessen jedesmaligen Besitzer nicht zu bewirken wäre.

Darum ist denn sehr natürlich angegeben, daß das Dienstrecht des Wasserschöpfens wohl aufgelegt werden könne, wenn auch ein nicht dienendes Gut dazwischen liege, nicht aber die Servitut der Wasserleitung. Nur käme es darauf an, ob nicht das Hinderniß, welches von dem zwischenliegenden Gut herrühre, wegzuräumen sey? Wäre dies letzte Grundstück ein öffentlicher Ort oder ein öffentlicher Weg; so könne man wohl vom Fürsten erbitten, daß man Wasser ohne Nachtheil der Staatsbürger hindurchleiten könne. Allein ein geweihter Ort hindere

das Dienstrecht des Fußsteigs, weil auf solchen Orten keinem ein Dienstrecht zustehen könne. *)

Darum **) hindere ein dazwischen liegendes öffentliches Grundstück oder ein öffentlicher Weg nicht, das Dienstrecht des Fußsteigs oder Viehtriebs, oder die servitutem altius tollendi, wohl aber die servitutes immittendi, protegendi, projiciendi ***), fluminum, stillicidium, weil der Himmel (Luftraum) über einem solchen Grundstück frey seyn muß.

Fließt ein Fluß dazwischen, — dies ist der Inhalt eines andern Bruchstücks; †) — so kann doch ein Fahrweg

---

*) VIII, *fr.* 14. §. 2. (de servitutib.): Publico loco interveniente, vel via publica, haustus servitus imponi potest, aquaeductus non potest: a principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. Sacri et religiosi loci interventus etiam itineris servitutem impedit: cum servitus per ea loca nulla deberi potest.

**) VIII, 2. *fr.* 1. pr. (de S. P. U.) — ist in 1502, wie in Hal., das letzte Bruchstück des vorhergehenden Titels.

***) So, und nicht prohibendi, liest mit Hal. die Ausgabe von 1502.

†) VIII, 3. *fr.* 38. (de S. P. R.): Flumine (auch 1502 hat noch publico) interveniente, via constitui potest, si aut vado transiri potest, aut pontem habeat. Diversum (1502 hat noch das von Br. nicht angemerkte: jus est), si pontonibus (1502: pontionibus) trajiciatur. Haec (1502: hoc) ita, si per unius praedia flumen currat: alioquin, si tua praedia mihi vicina sunt, deinde flumen, deinde Titii praedia, deinde via publica, in qua iter mihi (1502:

zugestanden werden, wenn man in einer Furt über ihn kommen kann, oder wenn er eine Brücke hat. Anders ist es aber, wenn man auf einer Fähre übergesetzt wird. Dies gilt so, wenn ein Fluß durch eines Eigenthümers Grundstücke läuft. Sonst aber, wenn deine Grundstücke mir benachbart sind, dann der Fluß, dann des Titius Grundstücke, dann die öffentliche Straße, nach welcher ich mir den Weg erwerben will; so muß man (nur darauf) aufmerken, ob nicht etwas im Wege stehe, daß von dir mir der Fahrweg bis zum Fluß, und dann von Titius bis zur öffentlichen Straße gegeben werde? Aber laßt uns sehen, ob auch dasselbe Rechtens sey, wenn du derjenigen Güter Eigenthümer bist, die jenseit des Flusses und diesseits der Landstraße sind, weil ein Fahrweg gewöhnlich auszugehen pflegt, entweder bis zur Stadt,

---

quam mihi iter) acquiri volo, (auch 1502 noch: id) dispiciamus, ne nihil vetet (vetat), a te mihi viam dari usque ad flumen, deinde a Titio usque ad viam publicam? Sed videamus, num (1502: nam, wohl durch einen bloßen Druckfehler,) et si tu eorum praediorum dominus sis, quae trans flumen intra viam publicam sint, idem juris sit: quia via consummari solet, vel civitate tenus (tenus fehlt auch in 1502), vel usque ad viam publicam, vel usque ad flumen, quo pontonibus (1502: pontionibus) trajicitur, vel usque ad proprium aliud ejusdem domini praedium? Quod si est, non videtur interrumpi servitus, quamvis inter ejusdem domini praedia flumen publicum intercedat.

oder bis zur Landstraße, oder bis zum Fluß, auf dem Fähren übergehen, oder bis zu einem andern eigenthümlichen Grundstücke desselben Eigenthümers. Ist nun dies; so scheint die Servitut nicht unterbrochen zu seyn, wenn gleich zwischen den Grundstücken desselben Eigenthümers ein öffentlicher Fluß dazwischen ist.

Zum Wasserschöpfen, der Viehtränke, weißen Thon zu graben, Kalk zu löschen, braucht es nur praedia vicina. *)

Sieht man nun auf die bey Gebäuden geltenden Servituten; so fordern einige, wie die servitus oneris ferendi, tigni immittendi u. d. gl., ganz unstreitig hart an einanderstoßende Grundstücke; keinesweges aber andre. Sondern bey diesen wird wieder ganz nach der Lage der Natur des Dienstrechts alles beurtheilt. Unter dieser Ansicht ist es freylich widersinnig, irgend ein Dienstrecht dieser Art aufzulegen, wenn man das eine Haus nicht einmal von dem andern aus erblicken kann, **) sey es der weiten Entlegenheit oder eines dazwischenliegenden Berges wegen ***). Dagegen kann das Dienstrecht höher zu bauen oder nicht höher zu bauen, oder das Dienstrecht des Fußsteigs auch einem entfernteren

---

*) Eod. *fr.* 5. §. 1.
**) VIII, 2. *fr.* 39. (de S. P. U.)
***) Eod. *fr.* 38.

Hause aufgelegt werden, wenn das mittlere Grundstück zugleich mit der Servitut belastet ist *). Sogar kann das Dienstrecht nicht höher zu bauen, einem entfernteren Grundstück aufgebürdet werden, wenn das mittlere auch nicht mit diesem Dienstrecht beschwert ist, so lange es nemlich freywillig nicht bis zur Hinderung der Aussicht über das dienende hin erhöhet wird. Da aber dies ohne alle Einwirkung auf das herrschende Haus wäre, wenn der früher mit dem Dienstrecht belastete erst höher baute, nachdem der mittlere schon höher gebaut hatte, und diese Erhöhung beybehielt; so fiele dann, so lange der mittlere höhere Bau stehen bliebe, dies Dienstrecht weg. **)

So sehr ist alles aus den natürlichen Verhältnissen abgeleitet. Einigermaßen scheint dieser Ansicht eine Stelle ***) Abbruch zu thun, weil sie geradezu ausspricht: bey praediis rusticis würde das Dienstrecht durch ein Grundstück in der Mitte verhindert, welches nicht mit der Dienstbarkeit belastet sey. Allein vor- und nachher ist bloß von Wegegerechtigkeiten die Rede, und die vier vorzüg-

---

*) VIII, 4. *fr.* 7. §. 1. (communia praediorum).

**) VIII, 5. *fr.* 5. *fr.* 6. pr. (si servit. vindicetur). VIII, 4. *fr.* 7. §. 1. (commun. praedior.)

***) VIII, *fr.* 7. §. 1. (de S. P. R.): In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit.

lichsten, ehemals einzigen, Dienstrechte bey Landgütern waren nur die drey Wegegerechtigkeiten und die Wasserleitung, bey welchen allerdings ein dazwischenliegendes und trennendes Grundstück jedes Dienstrecht dieser Art unmöglich machen würde, und welche jenes Bruchstück wohl allein im Auge hat.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

lichsten, ehemals einzigen, Dienstrechte bey Landgütern waren nur die drey Wegegerechtigkeiten und die Wasserleitung, bey welchen allerdings ein dazwischenliegendes und trennendes Grundstück jedes Dienstrecht dieser Art unmöglich machen würde, und welche jenes Bruchstück wohl allein im Auge hat.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hufeland, Gottlieb,

Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichungen neuer Gesetzgebungen ; eine Reihe von Abhandlungen, welche zugleich als erläuterndes Handbuch über die ungewö hlichern Darstellungen in dem Lehrbuch des gemeinen Civilrechts dienen kö
Bd.: 2,2

Giesen (1817)

Jur.is. 93 m-2,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10740269-7